

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

ANTÔNIO JÚLIO CASTIGLIONI NETO

**O PROCESSO JUDICIAL COMO MÉTODO PARA
IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM CASOS
CONCRETOS**

VITÓRIA
2017

ANTÔNIO JÚLIO CASTIGLIONI NETO

**O PROCESSO JUDICIAL COMO MÉTODO PARA
IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM CASOS
CONCRETOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição”.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira.

VITÓRIA

2017

ANTÔNIO JÚLIO CASTIGLIONI NETO

**O PROCESSO JUDICIAL COMO MÉTODO PARA
IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM CASOS
CONCRETOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição. Orientador: Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira.

Aprovado em ____ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Manoel Alves Rabello
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Anderson Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Jader Ferreira Guimarães
Universidade de Vila Velha

Dedico este trabalho à minha esposa Giselle.

Com a espontaneidade que tão somente o amor legítimo revela, você tem estado sempre pronta, nos últimos dezesseis anos, para me mostrar que o caminho da sabedoria não permite excessos. Antes, está na sensibilidade de viver o simples, fazendo disso uma conquista perene, que acalma o coração.

Obrigado por me dar uma família (a sua), por tornar ainda mais próxima uma outra família (a minha), e por proporcionar o surgimento de uma nova família (a nossa). Que nosso amor se eternize no amor de nossos pequenos, Luca e Malu.

AGRADECIMENTOS

Escrevo essa dissertação ao fim do verão de 2017. Dias, para mim, de larga aprendizagem e de dedicação à minha família – aliás, inundada de afeto pela amizade que floresce entre meus dois pequenos filhos, Luca e Malu. Mas também vivo, hoje, dias de intensa exigência profissional e de imenso desafio acadêmico que coloquei à minha frente. Não tem sido pouco, nem fácil, confesso. Talvez eu esteja a registrar esta passagem da minha vida para me lembrar de que não é recomendável fazer tudo que seja importante a um só tempo. Ou talvez para me dar conta, no futuro, de que os limites pessoais que enfrentei no passado não eram assim tão insuperáveis. O tempo se encarregará de me responder.

O que me ocorre agora, porém, é que há poucos momentos em nossa vida que sejam tão férteis para reconhecermos a felicidade, quanto aqueles em que conseguimos lograr nossas conquistas. Não pela conquista em si – por vezes, fugaz – mas porque o nosso estado de exultação nos permite sair da rotina e perceber - quase num estado metafísico – o que vale a pena na nossa caminhada. Durante minhas trinta e sete alvoradas de fevereiro, tive momentos muito claros de conquista pessoal, marcos para minha lembrança. Sempre que retornam à minha memória, como um ato automático, me vem à mente o que fiz para lá chegar, mas, sobremaneira, o que fizeram por mim os meus amigos. Eis, aqui, a representação mais concreta da felicidade: retrospectar sua vida e perceber que está valendo a pena. Estou diante de outro grande momento como esse. É tempo de reconhecer e de agradecer. E o faço registrando alguns dos meus lampejos de memória, como forma de demonstrar que vocês, meus amigos e incondicionais apoiadores, construíram mais essa conquista.

À minha amada Giselle que, ao ser por mim alertada da minha provável ausência, da dificuldade de aliar meu atual ofício de diretor de uma agência reguladora estadual com os estudos acadêmicos, me respondeu, sem qualquer reticência: “vai lá, eu seguro as pontas”. E assim se fez.

À minha mãe Elba, prova legítima de que educação se faz com exemplos. Não foram poucas as noites em que vi aquela jovem mãe, com o pesado encargo de cuidar de três filhos, rompendo a alvorada após os estudos, para ingressar no curso superior de Letras em Português, na UFES. Hoje, mestre em linguística, pesquisadora respeitada e... Avó! Que bela história, mãe. Merece sempre ser contada!

Ao meu pai e meu espelho, Solimar, tomo de empréstimo as palavras do poeta: "(...) que vontade de tocar viola de verdade e de fazer canções como as que fez meu pai". A você, devo tudo. Do simples gesto de caminhar ao modo de aproveitar a vida. Da coragem para seguir em frente até à partilha pela vitória alcançada. Você escreveu um enredo com grandes voltas por cima, meu pai. O que mais seu filho poderia desejar, para além da dedicação, da amizade e do exemplo de que o caminho mais fácil nem sempre é o melhor? Bem... Neste universo *pai e filho* não me falta nada. A minha pouca habilidade para tocar viola - Ah! Como eu gostaria de tocar viola! - não me impedirá de, nesta vida, fazer as canções que você tem feito. Não se preocupe, meu velho. Você já tem um legado e prometo o espelho não quebrar.

À minha irmã Giovana, a maior fonte de amor fraterno e desinteressado que alguém pode encontrar. A ela dispenso poucas palavras, firme no propósito de conseguir terminar essas linhas de agradecimento sem que lágrimas de afeto me impeçam de cumprir tal intento.

Ao meu professor orientador, Cláudio Penedo Madureira, uma referência desde os tempos em que dividíamos os bancos da graduação na Universidade Federal do Espírito Santo, passando pela convivência profissional na Procuradoria Geral de nosso Estado, até o tempo presente, em que encontrei um professor absolutamente dedicado, solícito, sensível. Um professor que veste a cátedra sem perder a doce alma de aluno, ao que se soma o seu notório saber jurídico, é claro. A meu mestre, toda a minha gratidão por valorizar nossa amizade, me conferindo um tratamento isonômico, sendo duro quando deveria sê-lo. E, sobretudo, por não permitir que eu desistisse!

A Jader Ferreira Guimarães que, comigo, iniciou esta caminhada do mestrado, me orientando inicialmente. Quando o conheci, no Congresso Brasileiro de Direito Administrativo na cidade de Gramado-RS, em 2007, eu já estava diante de um docente respeitabilíssimo e de um advogado público com grande destaque, chefiando a Procuradoria Geral do Município de Vitória. Naquele momento, de um lado, estava eu, um jovem admirador; e de outro, uma grande referência profissional. Mas essa distância logo se dissipou nas sempre gentis palavras de Jader. Um convite para me sentar à mesa de jantar com outros colegas e, em poucos minutos, percebi ali uma pessoa interessante, porque sempre interessada no que temos a falar. Um *gentleman*, daqueles que tanto nos fazem falta nos dias de hoje.

Ao amigo Anderson Sant'Ana Pedra, pelos intermináveis debates jurídicos, pelas ideias sempre frutíferas, pelo livros emprestados – sim, para cada devaneio meu, ele sempre me respondeu com um livro -, mas sobretudo por depositar em mim a confiança de que sou capaz de contribuir com a comunidade científica. Sinto-me motivado, Anderson, e devo isso, em grande parte, às suas instigações desde os tempos em que lecionávamos na Faculdade Novo Milênio, nos idos de 2005. Sigo, enfim, os seus passos e os seus conselhos.

A Manoel Alves Rabello que, generosamente, aceitou compor o corpo de avaliadores desta pesquisa, o que, por si só, já engrandece enormemente meu trabalho. Como se sabe, este admirável professor, há muito, consolidou-se como referência para o Direito Administrativo capixaba, pelo que constituiria falha imperdoável de minha parte abrir mão de suas valiosas contribuições.

A estes professores, e a todos os docentes que compõem o quadro do Mestrado em Direito Processual da UFES, em especial àqueles que me honraram com suas lições em sala de aula – Brunela Vieira de Vicenzi, Flávio Cheim Jorge, Geovany Cardoso Jeveaux e Tárek Moysés Moussalem – meus sinceros agradecimentos.

Aos meus colegas discentes do mestrado, minha gratidão por compartilhar momentos tão prazerosos. Foi revigorante encontrar uma turma que, conquanto jovem, se mostrou claramente vocacionada para a pesquisa científica.

Aos meus colegas de trabalho da Agência de Regulação de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo, peço as minhas escusas pelos momentos em que estive menos disponível do que eu desejava. Sorte a minha poder contar com profissionais tão qualificados e ciosos de seu múnus público. Sem essa tranquilidade, o presente trabalho não teria se tornado realidade.

Igualmente, agradeço aos colegas procuradores do Estado, fonte inesgotável de inspiração para minha atuação acadêmica. Faço questão de registrar, em especial, a valiosa contribuição de Alexandre Alves Nogueira, Ana Maria Carvalho Lauff, Bruno Colodetti, Cezar Pontes Clark, Emerson Luiz Faé, Evandro Maciel Barbosa, Horácio Augusto Mendes de Souza, Joemar Bruno Francisco Zagoto, José Alexandre Resende Bellote, Leandro Mello Ferreira, Lívio Oliveira Ramalho, Orlando de Oliveira Gianordoli, Rafael Induzzi Drews, Rodrigo Rabello Vieira, Rodrigo Francisco de Paula, Roger Faiçal Ronconi, Yuri Carlyle Madruga, além dos já mencionados professores Anderson Sant'Ana Pedra e Cláudio Penedo Madureira.

Aos demais familiares e aos amigos-irmãos, Luciano Rocha de Oliveira, Rosana Bubach, Cleverson Aroeira, Laura Vidon, Hudson Chamon, Rochana Chamon, Bruno Fardin, Alyne Furieri, Sávio Soares Klein, Eduardo Perini e Edmar Guimarães Gomes, minhas desculpas pela ausência e meus agradecimentos por fazerem com que minha vida seja mais do que pilhas de livros e reuniões de trabalho.

Serei sempre grato a vocês. Muito Obrigado!

“No final de contas, o valor de um Estado é o valor dos indivíduos que o compõem.”

John Stuart Mill

RESUMO

Partindo da divergência doutrinária entre aqueles que defendem a existência do princípio da supremacia do interesse público e aqueles que negam o seu caráter principiológico, o presente trabalho busca demonstrar que tal dissensão metodológica se equaciona a partir da adoção de um conceito de interesse público que se traduza no interesse em produzir respostas aderentes à juridicidade, num contexto em que também os interesses reivindicados por particulares poderão ser qualificados como públicos desde que, para tanto, encontrem suporte no ordenamento jurídico-positivo. Nessa ordem de ideias, a supremacia do interesse público não se satisfará com adoção de regras de preferência ou com utilização de fórmulas axiomáticas infensas à argumentação. Diversamente, ela se aperfeiçoará mediante a correta identificação, nos casos concretos, sobre a quem o direito socorre, seja a administração ou os administrados. Ocorre, todavia, que o Direito de nosso tempo apresenta um caráter problemático, originado da acentuada indeterminação semântica de seus enunciados administrativos, no que se inclui a própria polissemia da expressão *supremacia do interesse público*. Diante deste cenário, esta pesquisa almeja induzir à compreensão de que o alcance da norma-princípio da supremacia do interesse público deve ser reconstruído no plano interpretativo e em atenção às peculiaridades do caso concreto. Para tanto, o processo judicial, principal arena em que se tensionam posições jurídicas conflitantes com vistas à investigação sobre a quem o direito socorre, qualificar-se-á não apenas como método de aplicação da norma em concreto, mas, em última análise, como instrumento de aferição do interesse público na espécie examinada. Conclui-se pela aptidão do modelo de processo civil positivado pelo Código de Processo Civil de 2015 para fins de identificação do interesse público e de sua supremacia em casos concretos, sobremaneira porque se mostra vocacionado à dialeticidade, à argumentação e à interpretação reconstrutiva dos textos legais, fato perceptível (i) na recepção do contraditório substancial; (ii) na obrigação de cooperação entre os sujeitos processuais; (iii) e na adoção da técnica de precedentes.

Palavras-chave: supremacia do interesse público – juridicidade – caráter problemático do Direito - processo judicial – contraditório – cooperação – precedentes.

RESUMÉ

De la divergence doctrinale entre ceux qui défendent l'existence du principe de la suprématie de l'intérêt public et ceux qui ne reconnaissent pas leur caractère principiologique, l'étude vise à démontrer que cette dissidence méthodologique est résolue par l'adoption d'un concept d'intérêt public qui est traduit par un intérêt pour produire des réponses conformes à la légalité. Dans ce contexte, les intérêts défendus par des individus peuvent également être admissibles comme publics à condition qu'ils trouvent un soutien dans l'ordre juridique positif. Dans cette optique, la suprématie de l'intérêt public ne sera pas satisfaite par l'adoption de règles a priori ou par l'utilisation de formules axiomatiques qui sont réfractaires à l'argument. Au contraire, il sera atteint par l'identification correcte de la meilleure forme d'application de la légalité, dans un cas particulier. Il arrive, cependant, que la loi de notre temps présente un caractère problématique, provoquée par l'indétermination sémantique de ses dispositions légales, le contexte qui comprend la propre polysémie des mots *suprématie de l'intérêt public*. Face à cette situation, cette recherche vise à induire la compréhension que le principe de la suprématie de l'intérêt public doit être reconstruit dans le plan d'interprétation, avec la perception des particularités de cas individuels. Par conséquent, le processus judiciaire, l'arène principale où les positions juridiques contradictoires se resserrent, se qualifiera, non seulement comme une méthode pratique d'application de la norme, mais en fin de compte, comme un moyen de mesurer l'intérêt public dans le contexte de l'espèce examinée. Les résultats ont confirmé la capacité du modèle processus civil positivado par le Code de Procédure Civile 2015 à des fins d'identification dans l'intérêt public et sa suprématie dans des cas spécifiques, en particulier parce qu'il montre consacré à la dialectique, à l'argument et la herméneutiques reconstructive des textes juridiques, fait notable à la réception (i) de la contradiction substantielle; (ii) de l'obligation de coopération entre les sujets de procédure; (iii) et de l'adoption de la technique précédente.

Mots-clés: suprématie de l'intérêt public - la légalité - la nature problématique du droit - procédure civile - contradictoire - coopération - système précédent judiciaire.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
------------------	----

CAPÍTULO 1 – A ILUSÃO GARANTÍSTICA QUANTO AO SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: UM ÓBICE PARA A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	21
---	-----------

1.1 – A usual compreensão quanto ao surgimento do Direito Administrativo como instrumento de proteção dos direitos individuais.	21
--	----

1.2 – O afastamento do mito de um surgimento milagroso do Direito Administrativo.	26
--	----

1.3 – A gênese do Direito Administrativo e sua inutilidade científica para a identificação do interesse público em casos concretos.	32
--	----

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA DOUTRINA BRASILEIRA: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO, FUNDAMENTOS POLÍTICO-FILOSÓFICOS, EMBASAMENTO NORMATIVO E CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO	38
--	-----------

2.1 - A origem e o desenvolvimento teórico do princípio da supremacia do interesse público na doutrina brasileira: a doutrina tradicional capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello.	40
---	----

2.2 – Os fundamentos político-filosóficos que conferem suporte à doutrina tradicional de Celso Antônio Bandeira de Mello.....	54
---	----

2.2.1 – A concepção do “bem comum” vigente na Idade Média.....	55
--	----

2.2.2 - A concepção individualista de “interesse geral” no Estado Liberal (período oitocentista).	57
--	----

2.2.3 - Prevalência do interesse público sobre o privado: aportes iniciais do Estado Social e a necessidade de atualização da teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello face o contemporâneo Estado Constitucional Democrático.	59
--	----

2.3 – O princípio constitucional da supremacia do interesse público e seu fundamento de validade no direito positivo.....	67
---	----

2.4 – O caráter principiológico da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.	80
--	----

2.4.1 – A doutrina tradicional do princípio da supremacia do interesse público e as fases da teorização dos princípios: suporte jusnaturalista, juspositivista ou pós-positivista?	81
---	----

2.4.2. Princípio como mandamento nuclear de um sistema: um acordo propedêutico que permite identificar a coerência interna da doutrina tradicional do princípio da supremacia do interesse público.	88
--	----

2.5 – Extrato do embasamento teórico, da estrutura normativa e do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público.	90
--	----

CAPÍTULO 3 – AS CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	93
---	-----------

3.1 – A crítica nuclear de que a supremacia do interesse público encerra mera regra de preferência.	97
--	----

3.2 – A reputada carência de natureza principiológica.....	108
3.3 – Uma “ponte” para a compatibilização entre as correntes doutrinárias divergentes. .	113
CAPÍTULO 4 – A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O PROCESSO JUDICIAL	117
4.1 – Um paradigma metodológico: a aderência do processo do formalismo-valorativo à teoria da supremacia do interesse público formulada pela doutrina tradicional.	119
4.2 - Caráter flexível da aplicação do Direito na Era Contemporânea: uma dificuldade a ser superada pelos intérpretes no contexto da definição em concreto do que é interesse público.....	130
4.3 – Elementos presentes no Código de Processo Civil de 2015 aptos a revelar que o processo judicial é método adequado para identificação do princípio da supremacia do interesse público em casos concretos.	136
4.3.1 – A amplificação da noção de contraditório e a adoção do modelo cooperativo de processo judicial.....	137
4.3.2 – Os precedentes como balizas orientadoras da aplicação da supremacia do interesse público nos casos concretos.....	146
<i>4.3.2.1 - O modelo precedentalista brasileiro: elementos dogmáticos essenciais tal como positivados no Código de Processo Civil de 2015.....</i>	<i>147</i>
<i>4.3.2.2 - Quais são as espécies de precedentes que constituem balizas orientadoras para a aplicação do princípio da supremacia do interesse público nos casos concretos? Uma resposta à luz da classificação proposta por Hermes Zaneti Júnior quanto ao grau de vinculação dos precedentes.....</i>	<i>152</i>
<i>4.3.2.3 - Precedentes na dimensão da igualdade e da segurança jurídica: uma forma de justificar a imprescindibilidade dos precedentes no processo de reconstrução em concreto do princípio da supremacia do interesse público.....</i>	<i>156</i>
<i>4.3.2.4 - Influência dos precedentes na aplicação do princípio da supremacia do interesse público: a função de fechamento do processo reconstutivo inaugurado pelos intérpretes/julgadores.....</i>	<i>161</i>
CONCLUSÕES	165
REFERÊNCIAS.....	178

INTRODUÇÃO

Permaneceu irrefutada, durante décadas, a *doutrina tradicional*¹ de Celso Antônio Bandeira de Mello, vinculada à ideia de que o *princípio da supremacia do interesse público* constitui *pedra de toque* do regime jurídico-administrativo². Para este professor paulista – que, no particular, foi amplamente acatado pela doutrina brasileira³ - a preponderância dos interesses públicos assume posição central no desenho de um regime jurídico especificamente edificado para regular as relações entre Estado e administrados, de modo que a negativa da existência do princípio da supremacia do interesse público corresponderia à negativa da própria existência do regime jurídico-administrativo.

¹ Para fins didáticos, neste trabalho, utilizaremos a expressão “doutrina tradicional” para designar o grupo de juristas identificados com a ideia de supremacia do interesse público propugnada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Quanto aos representantes das teorias que negam esse princípio, de uma forma geral, usaremos a designação “doutrina crítica”.

² Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que o regime jurídico-administrativo encontra suporte em dois elementos fundamentais que diferenciam o Direito Administrativo dos demais ramos do Direito: (i) o princípio da supremacia do interesse público, que aqui iremos abordar mais detidamente, e (ii) o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Cf: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 5.

³ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 82-83. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, (?). p. 66-67. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo e Administração Pública*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 27 p. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Direito administrativo: direito da supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 221-238. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201. SILVEIRA, Raquel Dias. Princípio da supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e o Estado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 347-375. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Reserva do possível, direitos fundamentais e a supremacia do interesse público*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 297. BORGES, Alice Gonzalez. *Interesse público: um conceito a determinar*. Revista de Direito Administrativo, n. 205, p. 109-116, jul./set. 1996. BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?*. Boletim de Direito Administrativo, v. 23, n. 7, p. 779-791, jul. 2007.

A aceitação do princípio em epígrafe, porém, já não mais subsiste sem alguma tensão doutrinária, estabelecida a partir das críticas recentemente dirigidas àquela concepção tradicional. Houve alguma insurgência, entre nós, contra a teoria de Bandeira de Mello, sob o argumento central de que sua incidência era atentatória aos postulados do Estado Democrático de Direito e à proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Preocupados com desvirtuamentos da ação do Estado, que poderiam ser empreendidos com fulcro em um abstrato e etéreo princípio do interesse público, alguns juristas se manifestaram contrariamente à sua utilização, por vezes questionando as delimitações do seu conteúdo e, por outras, rejeitando absolutamente o seu caráter de princípio jurídico e o seu amparo no ordenamento constitucional brasileiro. Para esses autores, integrantes da corrente que aqui denominaremos *doutrina crítica*⁴, o indigitado princípio estaria a encerrar a ideia de uma regra de preferência ilegalmente posta em favor da administração, resultando sempre na vitória do poder público sobre o interesse dos particulares.

A resposta que aqui pretendemos ofertar para equacionar essa divergência doutrinária não partirá de um raciocínio meramente disjuntivo, negando-se uma linha de pensamento em detrimento absoluto da outra. Pensamos não ser a intenção de nenhuma dessas correntes explicar o referido princípio a partir de uma concepção autoritária de Direito Administrativo. A dissidência mais parece “residir no campo da

⁴ Essa postura crítica ganhou respaldo dentre alguns autores nacionais, redundando num movimento que afirmava estar “desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público”. Nesse contexto, destacaram-se os posicionamentos de Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 171-215), Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos do. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-22), Daniel Sarmento (SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23-116), Gustavo Binzenbojm (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 117-169) e Paulo Ricardo Schier (SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 217-246), que restam consolidados na obra coletiva *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* (SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

metodologia”⁵, constituindo mera “dissonância de ideias entre autores que, em última análise, preconizam e defendem uma leitura democrática do Direito”⁶.

Sem embargo, porém, quanto à altivez desse propósito democrático presente em ambas as formulações teóricas, é possível notar que o desacordo doutrinário acima descrito origina-se a partir da desconsideração, no plano metodológico, do conceito de *interesse público* historicamente formulado por Bandeira de Mello, que sempre foi fiel à ideia de que o interesse público somente será preservado quando restar adequadamente observada a juridicidade, ou seja, quando houver a correta aplicação do direito positivo. Segundo a concepção tradicional capitaneada por este professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, a primazia do interesse público não corresponde a uma solução *prima facie* em favor dos interesses do Poder Público – como parecem sustentar os adeptos da teoria crítica -, mas, diversamente, traduz-se na ideia-chave de que atender o interesse público é bem aplicar o direito, ainda que disso resulte a frustração de interesses secundários eventualmente reivindicados pela administração e não aderentes à juridicidade.

Com efeito, se o interesse público corresponde, na linha do que pretendemos demonstrar neste trabalho, a uma correta aplicação do direito, a sua supremacia sobre os interesses secundários (propugnada pela doutrina tradicional) não se contrapõe, em concreto, à realização dos direitos subjetivos assegurados aos indivíduos pelas leis e pela Constituição (como sustentam, a seu modo, os adeptos da doutrina crítica). A ideia de um interesse público supremo se confunde, assim, com a observância da própria juridicidade, de modo que o interesse público passa a ser traduzido a partir do compromisso de se conceder respostas aderentes ao direito. A questão que se coloca, neste ponto, por conseguinte, é saber o que é interesse público para cada caso concreto, ou, em outras palavras, como o direito deve se manifestar concretamente na espécie analisada.

⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o direito privado e o direito de greve dos servidores públicos civis. In: BACELLAR FILHO, Romeu Feliipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 382.

⁶ Ibid. p. 381.

Isso revela, todavia, um considerável desafio para os intérpretes, afinal, o direito de nosso tempo é marcadamente flexível, carecedor de atividade hermenêutica que reconstrua o sentido de seus enunciados nos casos concretos. Essa acentuada ductibilidade atualmente experimentada pelos operadores do Direito, torna sobremaneira difícil - senão, impossível - qualquer prognóstico quanto ao que deva ser aprioristicamente considerado como interesse público em cada caso sob exame. Não mais subsiste, dentre nós, a expectativa de que a lei formal, vértice dos modelos interpretativos clássicos, baseados em mera atividade subsuntiva, seja suficiente para equacionar o complexo problema da aplicação do direito. Diante desse cenário, eis a nossa inquietude: se a supremacia do interesse público exige o correto cumprimento de um direito positivo sobremaneira flexível, como evitar que a interpretação deste direito, em especial, a interpretação da norma-princípio da supremacia do interesse público, resulte em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema, conforme variarem os intérpretes? A tectura aberta dos enunciados normativos de nosso tempo não ensejaria o risco, tão anunciado pela doutrina crítica, de que o poder público adote interpretações arbitrárias, em prejuízo para os interesses particulares?

Com essas proposições em mente, pretendemos demonstrar que o processo judicial, principal arena em que se tensionam posições jurídicas conflitantes com vistas à investigação sobre a quem o direito socorre, qualificar-se-á não apenas como método de aplicação da norma em concreto, mas, em última análise, como instrumento de aferição do interesse público na espécie examinada. A aparente contraposição entre um interesse perseguido pela administração e aquele defendido pelo particular não será equacionada a partir da simples escolha dos enunciados normativos em tese aplicáveis ao caso. Exigir-se-á do intérprete, diversamente, uma habilidade dialética a ser exercida no bojo do *processo judicial* e que lhe permita encontrar a melhor solução para o caso. Em outras palavras, neste trabalho, propomos que o problema da indeterminação do conteúdo do interesse público possa ser deslocado do plano dos enunciados normativos (igualmente, indeterminados) para o plano processual, onde os contendores poderão, dialeticamente, sem se valer de regras de preferência, reconstruir em concreto o sentido daquela norma abstrata. Mais que isso, invocando a noção amplificada de contraditório, o dever de cooperação e a técnica de precedentes, todos positivados

no Código de Processo Civil de 2015, buscaremos demonstrar que tais elementos são potencialmente aptos a minimizar os problemas advindos da flexibilização do direito, porque vocacionados para a estabilização dos conceitos jurídicos e para conceder respostas sistemicamente íntegras e coerentes. No particular, nossa hipótese é de que esses elementos poderão, em conjunto, e com racionalidade, diminuir o espectro de liberalidade conferido naturalmente aos intérpretes em virtude da plasticidade semântica dos enunciados normativos, em especial, do princípio jurídico da supremacia do interesse público.

Como se poderá perceber, os capítulos foram escritos num movimento crescente, partindo do surgimento do Direito Administrativo na França até o cenário atual de um ainda incipiente Código de Processo Civil Brasileiro.

No primeiro capítulo, nos reportaremos ao discurso histórico que vem sendo usualmente empregado para reconhecer o viés democrático tanto do Direito Administrativo como do princípio da supremacia do interesse público. Conquanto não tenhamos a pretensão de negar que, no atual momento histórico, este ramo do Direito, e seus respectivos institutos, possuem inspiração democrática, pretendemos induzir a compreensão de que é ilusória a ideia de uma gênese do Direito Administrativo acoplada a intenções puramente garantísticas, a uma criação mágica e estritamente benevolente com os direitos individuais. Buscaremos demonstrar que essa narrativa tem se revelado um óbice para a compreensão contemporânea do princípio da supremacia do interesse público. E, ao desmistificar a ideia de que esse princípio possa ser satisfatoriamente explicado a partir da automática associação entre a teoria contemporânea e os primórdios do Direito Administrativo na França, seremos reconduzidos à necessidade de se examinar a construção teórica que nos é própria, com atenção às proposições científicas peculiarmente produzidas no Brasil, o que nos permitirá fixar balizas mais adequadas para a investigação do interesse público em casos concretos hodiernamente examinados (Capítulo 1).

Passaremos então, no segundo capítulo, a abordar o princípio tal como fora peculiarmente construído no Brasil pela doutrina tradicional, ofertando – em linhas descritivas – o embasamento teórico formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Nossa intenção é fixar um marco propedêutico quanto ao que deva ser

considerado interesse público e em que condições este guardará posição de supremacia quando em cotejo com os demais interesses que lhe sejam contrapostos (Capítulo 2).

Em seguida, abordaremos as críticas direcionadas à formulação tradicional de Celso Antônio Bandeira de Mello, fundadas na suposição de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado induz a prevalência dos interesses do poder público sobre os interesses privados. Essa abordagem se fará útil para demonstrar que ambas as correntes nutrem, cada qual a seu modo, preocupações quanto ao plano da aplicação prática do mencionado princípio, sobretudo com vistas a proteger os indivíduos contra decisões estatais arbitrárias. E, com a finalidade de equacionar essa cizânia instaurada na doutrina jurídica brasileira acerca da conformação do princípio da supremacia do interesse público, nos voltaremos à tarefa de criar uma ponte entre as correntes doutrinárias divergentes, optando por defender que a doutrina tradicional se mantém hígida, ainda que, atualmente, possa ser examinada a partir dos influxos da doutrina crítica. Segue-se, então, um raciocínio voltado para reposicionar essa discussão. A formulação teórica tradicional será situada no plano deontológico do Direito, ao passo em que as críticas que lhe são adjacentes serão colocadas no plano da aplicação prática do mencionado princípio (Capítulo 3).

No capítulo final deste trabalho, partiremos da ideia de que, mesmo quando se tem em vista a aproximação entre as formulações da doutrina tradicional e da doutrina crítica, o princípio da supremacia do interesse público somente se reputará satisfatoriamente atendido quando os intérpretes lograrem aplicar corretamente o direito no caso concreto. Um direito que, como mencionamos, tem aplicação flexível e, portanto, problemática. Diante disso, propomos que o processo judicial é arena adequada para minimizar os problemas advindos da flexibilização do direito, sobremaneira a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015 que, ao recepcionar a ideia de um processo judicial aderente ao contraditório substancial, ao modelo de cooperação e ao sistema de precedentes, mostra-se mais consentâneo com a necessidade de uma decisão justa e racional, não apenas voltada para as partes, mas também para a promoção da unidade do Direito, no que se inclui a estabilização do conceito de interesse público e de sua supremacia (Capítulo 4).

Antes que iniciemos esta empreitada convém registrar que não temos a pretensão de exaurir institutos do direito processual, embora este seja um sedutor desafio em tempos de acolhida do novo Código de Processo Civil. Nosso intento, mais modesto, é permitir um diálogo, um sincretismo entre áreas de conhecimento quase sempre divorciadas, lançando-se luz sobre o Direito Administrativo a partir da concepção de que não apenas nele consta o ferramental para se harmonizar as relações entre administração e administrados, mas também no Direito Processual Civil.

CAPÍTULO 1 – A ILUSÃO GARANTÍSTICA QUANTO AO SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: UM ÓBICE PARA A COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Conquanto não tenhamos a pretensão de negar que, no atual momento histórico, o Direito Administrativo, e seus respectivos institutos, possuem inspiração democrática, pretendemos, neste capítulo, induzir a compreensão de que é ilusória a ideia de que sua gênese é acoplada a intenções puramente garantísticas, a uma criação mágica e estritamente benevolente com os direitos individuais. Buscaremos demonstrar que essa narrativa tem se revelado um óbice para a compreensão contemporânea do princípio da supremacia do interesse público.

1.1 – A usual compreensão quanto ao surgimento do Direito Administrativo como instrumento de proteção dos direitos individuais.

A história da formação do Direito Administrativo se assentou num enredo, de certa forma, místico. Ao longo dos anos, mediante uso de um discurso autômato, tem se replicado a ideia de que o Direito Administrativo surgira não apenas para organizar funcionalmente a Administração⁷, mas sobretudo para limitar o poder estatal, num movimento de emancipação dos direitos individuais em face do Estado francês até então absolutista⁸.

Sob a lógica da tripartição dos poderes, o Parlamento representaria a expressão da vontade geral, lhe incumbindo criar normas que limitariam a atuação dos entes administrativos. O Estado restaria, assim, submetido ao Direito. E, nesse estreito viés, a função destinada ao Poder Executivo limitar-se-ia à mecânica execução daquilo que fora preordenado pelo legislador. Surge, destarte, a ideia da legalidade como vinculação positiva à lei, sintetizada na máxima de que aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que não lhes for vedado, enquanto à Administração Pública cabe agir tão somente de acordo com o que a lei prescreve

⁷ A Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800,) que organizou juridicamente a Administração Pública na França, é comumente apresentada como termo inicial do Direito Administrativo. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4.

⁸ Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 2. v. p. 52.

ou faculta⁹. O Direito Administrativo teria florescido, portanto, da submissão do Estado à vontade heterônoma e impessoal do legislador, ou seja, “quando o Poder aceita submeter-se ao Direito”¹⁰, chegando-se a afirmar que “o Direito Administrativo não é o Direito da Administração, mas o Direito contra a Administração”.¹¹

Essa concepção de uma origem *milagrosa*¹² do Direito Administrativo, forjada sob a suposta finalidade de salvaguardar os direitos individuais e de subordinar o Executivo à vontade do Parlamento (expressa através de lei), encontrou verberação em Caio Tácito:

O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O Executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário.¹³

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, ao investigar as bases ideológicas do Direito Administrativo afirma que ele “[...] é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão”. Não é o poder conferido ao Estado que serve como razão explicativa dos institutos de Direito Administrativo, mas, ao contrário, “[...] as ideias

⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10.

¹⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*: Volume I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994. p. 148.

¹¹ Segundo Paulo Otero, a frase é de Alejandro Nieto Garcia, citado por Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia (GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal – Sua origem e evolução*, Lisboa 1994 apud OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003. p. 275).

¹² Esta é, textualmente, a expressão adotada por Prosper Weil para explicar o surgimento do Direito Administrativo: “A própria existência de um Direito Administrativo é em alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a actividade dos particulares é imposto a estes de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se sob a autoridade e a sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere ligado (vinculado) pelo direito. [...] Não esqueçamos, aliás, as lições da história: a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminada por toda a parte. [...] Fruto de um milagre, o Direito Administrativo só subsiste, de resto, por um prodígio a cada dia renovado. [...] Para que o milagre se realize e se prolongue, devem ser preenchidas diversas condições que dependem da forma do Estado, do prestígio do direito e dos juizes, do espírito do tempo.” WEIL, Prosper apud BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, op.cit. p. 10.

¹³ TÁCITO, Caio. *Evolução histórica do Direito Administrativo*. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. 1º v. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.2

de *dever*, de *função*, é que cumprem com exatidão este papel no Estado de Direito”¹⁴.

Para esse Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) o Direito Administrativo não é, pois, um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para “[...] regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal.”¹⁵

Numa análise preliminar, a abordagem de Bandeira de Mello parece denotar uma provocação meramente prospectiva, sob a preocupação de evitar que os doutrinadores contemporâneos se deixem “seduzir pelo vizo de explicar institutos de Direito Administrativo, sedimentando-os em remissões ao ‘poder’ ou ‘poderes’ da Administração.”¹⁶ É o que se extrai da seguinte passagem:

Este tipo de organização metodológica das matérias do Direito Administrativo, em última análise, favorece, embora indesejavelmente, realçar e enfatizar uma concepção autoritária do Direito Administrativo, projetando luz sobre os tópicos exaltadores do ‘poder’ e deitando sombra sobre os concernentes aos ‘deveres’ a que está subjugada a Administração [...]. Ou seja, a própria maneira de apresentar o Direito Administrativo concorre para engendrar uma apreensão de seu conteúdo mais vinculada pela ideia de ‘poderes’, que comandam os administrados, ao invés de sublinhar os ‘deveres’, que se impõem aos administradores.¹⁷

Tem-se, assim, o sentimento de que essas lições do Professor paulista estão, compreensivelmente, alicerçadas sobre o desígnio de orientar o comportamento contemporâneo dos intérpretes do Direito Administrativo, a fim de evitar que este seja, hodiernamente, alocado como instrumento de legitimação do poder em detrimento dos direitos individuais. Preocupação semelhante, a propósito, é apresentada por Agustín Gordillo, ao considerar que um dos pilares essenciais da temática do Direito Administrativo é a proteção do particular contra o exercício irregular ou abusivo da função administrativa. Para o jurista argentino, se relegarmos este problema a um aspecto secundário da disciplina, estaríamos lhe suprimindo

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 45.

¹⁵ Ibid. p. 45

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 47.

¹⁷ Ibid. p. 47.

uma de suas notas características no Estado de Direito e, portanto, sua diferenciação com as normas administrativas totalitárias¹⁸.

Mas, conquanto esta abordagem se revele valorosa para o assentamento do Direito Administrativo em pilares democráticos – tal como exige os tempos atuais - ela não se afigura suficiente para descrever o fenômeno histórico de criação de seus institutos. Neste pormenor, a lição de Bandeira de Mello não pode ser tomada como uma automática retrospecção, calcada na ideia de que o Direito Administrativo contemporâneo se apresenta como elemento de limitação do poder, necessariamente porque assim se apresentara ainda ao tempo de sua gênese. Essa acepção do desenvolvimento histórico como um movimento linear não reflete, a nosso ver, a posição de Bandeira de Mello.

Ainda em 1967, ao identificar o regime jurídico-administrativo como uma categoria jurídica básica que caracteriza a essência do Direito Administrativo, Bandeira de Mello já mostrava sua inclinação propositiva, prenunciando a constitucionalização – e consequente democratização – desse ramo jurídico, ao expor a sua crença de que “o progresso do Direito Administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem, em grande parte, da identificação das idéias centrais que o norteiam na atualidade”¹⁹. Como observou Daniel Wunder Hachem, essa passagem do texto evidencia que o Professor da PUC/SP tinha, na verdade, a pretensão de impulsionar o progresso desse ramo jurídico e influenciar as suas futuras tendências²⁰. Por isso, as inspirações democráticas de Celso Antônio devem ser concebidas sob um ângulo prospectivo, a informar a atividade jurídico-científica nos tempos atuais e a modelar um moderno arquétipo do Direito Administrativo, e não como mera reprodução acrítica do que supostamente ocorrera na gênese do Direito Administrativo na França.

Com efeito, não se pode encontrar uma perfeita correspondência entre aquele significado de interesse público, contemplado na França logo após a Revolução, e o

¹⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*: Tomo I, Parte Geral. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. V-III.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*. Revista de Direito Público, nº 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out./dez. 1967.

²⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. Dissertação de Mestrado em Direito. Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011. f. 24-25.

sentido que contemporaneamente atribui-se a essa expressão no Direito Administrativo brasileiro. É este o posicionamento de Emerson Gabardo, para quem “o próprio sentido da supremacia do interesse público liberal construído no século XIX com base na autonomia privada” apresenta sustentação “radicalmente diversa da supremacia do interesse público como princípio do regime jurídico-administrativo típico do Estado de bem-estar social de final de século XX”²¹. Se no modelo do liberalismo oitocentista o conteúdo do interesse público residia em “assegurar a liberdade dos particulares, evitando intervenções desnecessárias na vida social, observando-se os parâmetros que viriam prescritos em lei”²², na concepção atual, a identificação do interesse público pauta-se no seio de um complexo sistema constitucional positivo, e não na abstrata vontade geral do povo, pelo que se concorda com Emerson Gabardo, quando afirma que “estabelecer uma origem para a noção atual de interesse público em qualquer período precedente ao século XX reflete a promoção de um acentuado equívoco arqueológico”²³.

O panorama constitucionalista democrático do século XX não reproduz necessariamente as idiosincrasias experimentadas na França pós-revolucionária. O constitucionalismo da segunda metade do século passado apresenta relevantes diferenças com o modelo constitucional que o precedeu, fruto das revoluções liberais. O dogma clássico da rígida separação dos poderes deu lugar a um cenário mais propenso ao ativismo judicial. Concepções estritamente majoritárias acerca do conceito de democracia foram substituídas por uma democracia mais substantiva, que legitimam restrições ao poder em favor da preservação de direitos fundamentais e dos direitos das minorias. E, ao invés de uma fonte de Direito baseada na lei formal (e nas codificações), enfatizou-se a centralidade da Constituição no ordenamento²⁴.

²¹ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. In: _____. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 258.

²² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90.

²³ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. In: _____. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, op. cit.. p. 286.

²⁴ Sobre as diferenças entre o neoconstitucionalismo e o modelo constitucional clássico, Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos de possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56693>>. Acesso em 9 out. 2016.

Daí que, para fins de investigação dos elementos fundantes do Direito Administrativo, não bastaria uma mera fotografia do tempo presente, como um signo presuntivo do que se experimentara no passado, sob pena de se estabelecer indesejável confusão entre o que pretendemos que o Direito Administrativo seja, e aquilo que ele, de fato, fora²⁵. Como assinala, aliás, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, “só, a pouco e pouco, é que o Direito Administrativo vai deixando de ser o direito dos ‘privilégios especiais’ da Administração, para se tornar o direito regulador das relações jurídicas administrativas”. Para este jurista lusitano, “milagre, mesmo, é essa transformação de ‘direito da Administração’ em Direito Administrativo”²⁶, num movimento de “transformação, lenta e progressiva, de normas e instituições surgidas para proteger a Administração em instrumentos de garantia de particulares perante o poder administrativo”.²⁷

Faz-se, pois, imperioso buscar a compleição histórica da França logo após a Revolução. Os constituintes pós-revolucionários, como se verá adiante, imprimiram contornos peculiares ao dogma da separação dos poderes então concebido por Monstequieu, de modo que a compreensão desse fenômeno e de suas consequências para a formação do Direito Administrativo demanda especial atenção quanto às singulares circunstâncias vivenciadas à época.

1.2 – O afastamento do mito de um surgimento milagroso do Direito Administrativo.

²⁵ A própria fluidez do conceito de supremacia do interesse público pode resultar em “diferentes entendimentos em função do módulo constitucional em que nos encontremos”, de modo que “não é igual o conceito que se pode manejar de Direito Administrativo no Estado Liberal de Direito, à versão que pode apresentar o modelo de Estado Social e Democrático de Direito”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, nº 23, Belo Horizonte: Fórum, p. 127-144, jan./mar. 2006. p. 13-14. O mesmo alerta é feito, dentre tantos outros, por Fernando Garrido Falla, Jacques Chevallier, Jorge Luis Salomoni e Marie Pauline Deswarte. GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 83; CHEVALLIER, Jacques. *L'intérêt général dans l'Administration française*. Revue Internationale des Sciences Administratives, v. 41, nº 4, Bruxelles: [s.n.], p. 325-350, 1975. p. 325; SALOMONI, Jorge Luis. *Interés público y emergencia*. Actualidad en el Derecho Público, nº 18-20, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 135-165, ene./dic. 2002. p. 135-136; DESWARTÉ, Marie-Pauline. *Intérêt général, bien commun*. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, nº 5, Paris: LGDJ, p. 1289-1313, sep./oct. 1988. p. 1312.

²⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 37.

²⁷ Ibid. p. 35.

Desconfiados dos propósitos reacionários da magistratura do Velho Regime, os constituintes passaram a entender que os litígios envolvendo interesse da Administração não deveriam ser equacionados na esfera judicial, sob pena de se estabelecer uma subordinação entre Executivo e Judiciário. Mais que isso, havia um receio de que o espírito de hostilidade existente nos tribunais judiciais contra a Revolução limitasse a ação das autoridades administrativas revolucionárias²⁸. A postura historicamente refratária da Administração Pública Francesa em face da magistratura é assim apontada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Essa concepção do princípio da separação dos poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho Regime: “[...] a desconfiança em relação ao Poder Judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma de suas principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução.”²⁹

Deveras, essa subtração dos litígios jurídico-administrativos dos tribunais comuns, no plano fático, é resultante da tensão entre agentes administrativos revolucionários e juízes portadores das ideologias ainda afetas ao velho regime³⁰. No plano da argumentação, por seu turno, essa cisão entre contencioso administrativo e judicial esteve alicerçada na ideia de uma separação das funções estatais em um grau tão acentuado que se fez possível, por exemplo, a construção do axioma segundo o qual “julgar a Administração ainda é administrar” (*juger l'administration c'est encore administrer*)³¹.

Seja qual for o roteiro dessa incursão, porém, não há espaço para o que Paulo Otero convencionou chamar *ilusão garantística do Direito Administrativo*.³² Segundo o jurista lusitano, a invocação do princípio da separação dos poderes foi, àquela época, um simples pretexto para que, visando o alargamento do espectro de liberdade decisória da Administração Pública, e a correspondente imunidade perante controles judiciais (resultando no arrefecimento da postura reacionária da

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, op. cit. p. 13.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. 25ª e. p.4.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, op. cit. p. 13.

³¹ Nesse sentido, cf. LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif: Tome I, Droit Administratif Général: Organisation et action de l'administration, La juridiction administrative*. 14e. Paris: LGDJ, 1996.

³² OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit. p. 275.

magistratura), se construísse um modelo de contencioso em que o Executivo julgasse a si próprio, ignorando-se a máxima de que ninguém pode ser um bom juiz de si mesmo³³.

Não por outro motivo que Alexis de Tocqueville, ainda na primeira metade do século XIX, já apontava uma perfeita continuidade entre o modelo de controle administrativo adotado pela Revolução Francesa e aquele que vigorava no *Ancien Régime*: “nesta matéria apenas encontramos a fórmula; ao Antigo Regime pertence a ideia”³⁴.

Se é verdade que o Conselho de Estado, por meio de sua construção pretoriana, criou novas regras distintas daquelas afetas ao Direito Comum, dando ensejo à própria formação do Direito Administrativo³⁵, não se pode afirmar que este caráter inventivo da jurisdição administrativa tenha ocorrido exclusivamente sob propósitos garantísticos. É que a ideia de um ativismo normativo do Conselho de Estado traz consigo insuperáveis contradições com os postulados decorrentes da interpretação conferida por Montesquieu ao dogma da separação de poderes, ao mesmo passo em que esbarra na concepção do princípio da legalidade imperante até então.

Em primeira plana, observa-se que essa atividade criativa de índole normativa³⁶, originada de um órgão julgador administrativo, conflita com a teoria mecanicista de aplicação da lei, tal como havia sido formulada por Montesquieu em torno da ideia de que a atividade judicante é nula. Se o juiz é apenas a boca que

³³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, op. cit. p. 13.

³⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. O Antigo Regime e a Revolução apud OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit. p. 275.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, op. cit. p.5.

³⁶ A expressão “atividade normativa” está aqui colocada não no sentido de uma atividade legislativa *strictu sensu*, consubstanciada na criação de normas gerais e abstratas, hábeis a inovar no ordenamento jurídico. A expressão deve ser entendida, para os fins almejados neste item, na acepção de que “normar” é interpretar as normas edificadas pelo Parlamento, nos limites do texto, mas a elas acrescentando elementos relativos às alternativas semânticas dos dispositivos aplicados (norma), assim como aos fatos e aos valores. Seja como for, mesmo essa atividade de criação do direito a partir do exercício hermenêutico não se mostrava condizente com a formulação de Montesquieu, para quem o juiz deveria se limitar apenas a declarar, no caso concreto, e sem qualquer carga de inovação, aquilo que a lei previamente havia estipulado de forma genérica e abstrata. Para criatividade da jurisprudência e diferenciações entre os processos de criação jurisdicional e legislativo, cf.: CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

pronuncia as palavras da lei (*“juge bouche de la loi”*), logo, o protagonismo do Conselho de Estado na formação pretoriana do Direito Administrativo revela-se completamente desajustado no quadro teórico da separação dos poderes³⁷.

Daí que, em segunda plana, a atribuição dessa interpretação criativa a um órgão da jurisdição administrativa, integrante do Poder Executivo, para além de instaurar uma relação paradoxal com o dogma da partilha das funções estatais entre os poderes (Montesquieu), também estabelece uma ofensa àquela ideia de vontade geral expressa na lei (Rousseau). Afinal, a criação de normas por meio da construção pretoriana se divorciava da concepção axial de Rousseau, no sentido de que o Estado deve estar submetido à vontade geral, expressa em lei aprovada pelo legislador:

[...] só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou.³⁸

Portanto, a esquiva tanto ao princípio da separação dos poderes como ao princípio da legalidade passa a constituir os dois lados de uma mesma moeda, forjada sob a pragmática necessidade de contornar a hostilidade advinda dos magistrados cujas ideias ainda fincavam raízes no Velho Regime.

³⁷ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Da justiça administrativa em Portugal – Sua origem e evolução, Lisboa 1994, apud OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit. p.270.

³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Oeuvres complètes. v. 3. Paris: Gallimard, 1964 (Coleção Bibliothèque de la Pléiade) apud PINTO, Márcio Morena. *A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau*. Disponível em https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/60697/mod_resource/content/1/A-nocao-de-vontade-geral.pdf. Acesso em: 05 out. 2016. Neste mesmo artigo, Márcio Morena Pinto explica a função do legislador na teoria rousseauiana: “Ao tratar da figura do legislador, Rousseau diz que ‘seriam necessários deuses para dar leis aos homens’, pois ‘para se descobrir as melhores regras convenientes às nações, precisar-se-ia de uma inteligência superior que vivesse todas as paixões dos homens e não participasse de nenhuma delas com a nossa natureza e a conhecesse a fundo; cuja felicidade fosse independente de nós, que, finalmente almejando uma glória distante pudesse trabalhar num século e fruí-la em outro’. O legislador então se apresenta como alguém que deve ter uma clara consciência dos problemas comuns e cujas intenções sejam honestas. O legislador cumpriria o papel de transpositor do abismo existente entre o povo e a multidão cega, sendo aquele que ousa empreender com capacidade, mudando a natureza humana, transformando o indivíduo, por si mesmo, de um todo perfeito e solitário, em parte de um todo maior do qual, de certo modo, este indivíduo receba sua vida e seu ser. A missão do legislador é fixar o bem público, desempenhando assim o papel de vanguarda política.”

A gênese do Direito Administrativo na França derogou, assim, postulados teóricos muito caros à Revolução, distanciando-se daquela mítica visão de um Executivo subjugado pacificamente ao Legislativo e à vontade geral, destinado a garantir os direitos individuais.

É de se notar, ao ensejo, que aquela emissão criativa do *Conseil d'Etat* não se fez desacompanhada de uma intervenção a título principal do Poder Executivo, como nos revela Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia:

[...] O sistema contencioso do administrador juiz confiava ao executivo a última palavra decisória sobre a competência do *Conseil d'Etat*, criando-se, por esta via indirecta, uma forma sui generis de o poder executivo se substituir ao legislativo na criação do direito, e talvez, ainda mais importante, abriu-se aqui um amplo espaço de construção pelo executivo de uma legalidade derogatória do Direito Comum.³⁹

E essa coadjuvação do Conselho de Estado⁴⁰ para com o Poder Executivo pavimentou o caminho para estabelecimento de, ao menos, mais uma incongruência, reveladora tanto da vocação que aquela justiça administrativa possuía para a fuga dos controles pelos tribunais, quanto da ausência de intuito de se conferir garantias efetivas aos administrados.

Aqui nos referimos à jurisprudência defensiva⁴¹ construída pelo próprio Conselho de Estado (sob ingerência do Poder Executivo) a fim de estabelecer limites à jurisdição administrativa, mantendo uma ampla gama de atos administrativos a salvo de qualquer controle contencioso – v.g., os designados “*actes de gouvernement*” e os “*actes de pure administration*”.⁴²

39 GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Da justiça administrativa em Portugal – Sua origem e evolução, Lisboa 1994, apud OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit. p.271.

40 O Conselho de Estado só passa a exercer função verdadeiramente jurisdicional a partir de 1872, quando se tornou independente e suas decisões deixaram de se submeter ao chefe de Estado. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, op. cit. p. 5.

41 Diz-se “defensiva” no sentido de que essa construção pretoriana tinha a finalidade de afastar do âmbito de exame do Tribunal Administrativo Francês alguns dos atos praticados pelo Poder Executivo, subterfúgio que, em termos práticos, acabava por blindar a Administração contra os interesses que lhe eram contrapostos pelos administrados.

42 CHEVELLIER, Jacques. *L'Élaboration Historique du Principe de Séparation de la Jurisdiction Administrative et de l'Administration Active*. Paris: LGDJ, 1970. p. 176 ss. apud OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit. p. 277.

Este fato, mais uma vez, não passa indene à visão crítica de Paulo Otero: ao mesmo passo em que se considerava que todos os tribunais administrativos eram simples órgãos integrantes do poder administrativo (e não do poder judicial), nunca se permitiu, invocando-se paradoxalmente o princípio da separação de poderes, que os órgãos da administração contenciosa emanassem injunções aos órgãos da administração central⁴³, hipótese em que seria natural deduzir que, em se tratando de entes integrantes da mesma Administração Pública, inadequado seria a invocação do postulado da separação de poderes.

Percebemos, assim, que aquela desnaturação do dogma da separação de poderes se prestou a blindar o Executivo diante da vontade geral tutelada pelo parlamento e da imperatividade dos comandos do Poder Judiciário (lhe consagrando privilégios em detrimento dos poderes externos), mas também se prestou para mitigar o alcance da atuação de seu órgão jurisdicional interno (revelando, assim, também uma proteção endógena).

O berço da justiça administrativa francesa esteve gravado, portanto, pela negativa da *intromissão* dos poderes externos (Legislativo e Judiciário) e, ao mesmo turno, pela fragilização do poder de controle que era (ou deveria ser) reservado ao órgão “jurisdicional” intestino ao executivo (Conselho de Estado). Captando tal evidência, assevera Binjenbojm:

É curioso notar como a separação de poderes serviu, contraditoriamente, a esse processo de imunização decisória dos órgãos do Poder Executivo. O mesmo privilégio que justificara a criação do contencioso administrativo, intestino ao Executivo, será invocado para impedir que os órgãos de controle exerçam sobre os outros órgãos da Administração poderes de injunção e substituição, em princípio legítimos e até naturais entre órgãos da mesma estrutura de Poder.⁴⁴

Considerando-se, portanto, o cenário histórico em que se deu a gênese do Direito Administrativo, temos que a sua associação com uma ingênua e pacífica

⁴³ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit. p. 277.

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, op. cit. p. 14

subserviência do Estado ao direito caracteriza, “[...] erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade [...]”⁴⁵.

1.3 – A gênese do Direito Administrativo e sua inutilidade científica para a identificação do interesse público em casos concretos.

A essa altura, porém, faz-se relevante um esclarecimento. Não pretendemos, com isso, ignorar que a queda do regime absolutista trouxe consigo vetores que iriam alterar a relação entre Estado e indivíduo. Negar, de forma peremptória, essa capacidade emancipadora da Revolução Francesa em relação aos direitos individuais, é refutar os próprios ideais libertários que informaram o movimento revolucionário. Por isso, parece demasiado afirmar que o Direito Administrativo é, estritamente, um elemento de autoritarismo.

Nada obstante, se de um lado, como assevera Fabrício Motta, a Revolução Francesa ostentava um marco simbólico (a consagração do valor liberdade) e um marco jurídico (a consagração, em síntese, do princípio da legalidade) que agregavam valores hábeis a refutar o suposto autoritarismo atribuído ao Direito Administrativo⁴⁶, de outro lado, a reprodução do discurso de um Direito Administrativo absolutamente afinado com o liberalismo, provedor de direitos individuais, enfraquecedor do Estado e consagrador da vontade geral expressa na lei, revela a ingenuidade de pensar a História como uma sucessão de fatos estanques, como se a realidade houvesse sido transformada pelos dogmas da Revolução, do dia para a noite. Esse é também o entendimento de João Batista Gomes Moreira, para quem o Estado liberal não fora uma reação frontal ao absolutismo, ao Estado de Polícia⁴⁷. Segundo Gomes Moreira, “os elementos históricos demonstram que não houve [...] ruptura com o passado”, transferindo-se “para as novas instituições a cultura autoritária da verticalidade como algo inerente à administração pública”. Nesse mesmo sentido, Alexandro Nieto, citado por Odete Medauar, menciona que na história e no Direito não há bruscas soluções de

⁴⁵ Ibid. p. 11.

⁴⁶ MOTTA, Fabrício. *Influência do direito administrativo italiano na construção das bases dogmáticas do direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. vol. 6/2014. p. 11. Mar. 2014.

⁴⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 2. e. rev. at. amp. p. 121.

continuidade, por isso o Direito Administrativo do século XIX é a continuação do que prevalecia no Antigo Regime, apenas formulado em novos parâmetros. A mesma autora traz opiniões de Mario Nigro, Berti e Allegreti, respectivamente, no sentido de que a Revolução “não derruba os princípios do Estado absoluto, mas os desenvolve e adapta”; “a Administração recolheu os resíduos do absolutismo estatal e tornou-se meio de sua perpetuação”; “a administração autoritária do Estado liberal afirma a continuidade entre este e o Estado absoluto”⁴⁸. Com apoio em Luis Legaz y Lacambra e em Ortega y Gasset, Paulo Bonavides, por sua vez, é enfático em sustentar que liberalismo não é sinônimo de democracia, concluindo que a Revolução Francesa ficou a meio caminho da concretização da doutrina democrática.⁴⁹

Por isso, também aqui, o equilíbrio se impõe. Preferimos conceber que o advento da Revolução constitui ponto de partida, e não ponto de chegada, no sentido de que ensejaria uma alteração do relacionamento entre Estado e indivíduo que se faria de uma forma lenta, gradual e assimétrica, numa dinâmica constatada, aliás, até os dias atuais.

O tempo se encarregou de demonstrar o equívoco daqueles que, diante da tensão entre os dois blocos antagônicos – poder/autoridade/prerrogativas vs. liberdade/garantias/sujeições⁵⁰ –, optaram por eleger de forma exclusiva o primeiro⁵¹, ou o segundo⁵², como noção-matriz de explicação dessa disciplina jurídica. Esse movimento pendular, que conferia ao Direito Administrativo um perfil ora mais autoritário, ora mais democrático, foi superado quando se percebeu ser

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 14-15.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 54,68.

⁵⁰ GARRIDO FALLA, Fernando. *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales*. Revista de Administración Pública, nº 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr. 1952. p. 37 et seq.

⁵¹ A Escola da *puissance publique*, desenvolvida no século XIX na França, buscou identificar o Direito Administrativo como o ramo do Direito voltado a reger a atividade de autoridade da Administração, por meio da qual o Poder Público exerce prerrogativas exorbitantes do Direito comum. Cf.: HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 1

⁵² A Escola de Bordeaux, formada no início do século XIX, pretendeu mudar o eixo metodológico do Direito Administrativo e dar realce ao segundo conjunto de ideias, ao adotar o serviço público como critério para conceituá-lo, deixando de enfatizar o poder de comando da Administração e pondo em relevo o seu dever de agir em prol da satisfação das necessidades de interesse geral. Cf.: DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 2-32.

inviável a adoção de um critério único para fundamentá-lo. Viu-se que a especificidade do regime jurídico-administrativo não repousa apenas sobre as prerrogativas de autoridade que o Direito outorga à Administração, mas reside também nas sujeições especiais que ele lhe impõe⁵³.

O resultado da tensão entre a lógica da liberdade e a lógica da autoridade, na maioria das vezes, não se apresenta tão revolucionário ou garantístico como pretendem alguns, ao contrário, mostra-se muito mais inclinado a preservar o que já existia. As mudanças são muito mais superficiais e cautelosas, próprias daqueles que, “sofrendo do mal de um paradoxo como manter/romper, decidem imprimir apenas algumas mudanças ao sabor e ritmo de suas conveniências políticas”, não desejando “limites impostos pelo direito, nem tampouco aplicadores imparciais e independentes”.⁵⁴ Não se tem, portanto, o extremo do Direito Administrativo como mero prolongamento do Estado Absolutista, tampouco o extremo diametralmente oposto de que o Direito Administrativo surgiu de forma mística e automaticamente acoplada com os vetores axiológicos da Revolução.

Em substituição à ideia de que o Estado e o Direito se encontraram a partir de um acontecimento fático unissubsistente (dando corpo a essa concepção de uma gênese milagrosa), preferimos conceber que os cenários de antes e depois se mostraram um tanto quanto fluídos. Eles eram semelhantes na medida em que apresentavam, a seus respectivos modos, uma realidade política arbitrária, mas também diferentes porque eram distintos os tratamentos normativos dispensados a esse cenário fático-político de arbitrariedade. É o que anota Emerson Gabardo:

Não se ignora que a realidade política de antes e depois era igualmente arbitrária, porém seria ingênuo imaginar que seria arbitrária da mesma forma. Os modelos de normatização destas realidades constituem ontologia radicalmente diversa, o que, por si só, resulta na existência de uma realidade distinta. Afinal, a realidade é composta pela junção entre ser e dever ser.⁵⁵

⁵³ Cf. HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 1.

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, op. cit. p. 15-16.

⁵⁵ GABARDO, Emerson, apud MOTTA, Fabrício. *Influência do direito administrativo italiano na construção das bases dogmáticas do direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. vol. 6/2014. Mar. 2014. p. 3.

Se antes imperava o adágio, de índole absolutista, segundo o qual “o rei não pode fazer mal” (*le roi ne peut mal faire*), agora havia a submissão da Administração à lei. Uma submissão, como visto, que não se consubstanciou de forma fleumática, porque sempre mitigada pelo contorno peculiar que os agentes pós-revolucionários imprimiram ao dogma da separação dos poderes e ao princípio da legalidade na França, mas que, ainda assim, comparativamente com aquele modelo de poder divino, representou um avanço dos direitos individuais que não havia encontrado lugar até então.

Como nos ensina Eduardo Garcia de Enterría, os revolucionários, no momento de plasmar o Estado novo, seguiram uma interpretação claramente dissidente da ortodoxia doutrinária que representavam. Esta interpretação, juntamente com as circunstâncias históricas da Revolução e dos tempos posteriores, permitiu e determinou o fortalecimento de uma Administração como não havia conhecido sequer o Antigo Regime. Mas os dogmas jurídico-políticos da Revolução trabalharam agora, se não para impedir esse feito, para submetê-lo a uma certa disciplina, e esta disciplina foi justamente o Direito Administrativo⁵⁶

É, portanto, ilusória a ideia de uma gênese do Direito Administrativo acoplada a intenções puramente benevolentes com os direitos individuais, porque, como visto, tal narrativa não reflete fielmente o contexto histórico em que se deu o surgimento do Direito Administrativo na França. O resgate histórico que aqui fazemos enxerga o surgimento do Direito Administrativo como resultado de uma confluência entre os ditames liberais da Revolução e as velhas práticas totalitárias do *Ancien Régime*, contribuindo para explicar de forma mais factível o fato de que, ainda hoje, exista uma tensão entre as formulações científicas que visam dar uma roupagem democrática ao princípio da supremacia do interesse público e a práxis jurídica, preordenada pelo esforço de agentes estatais em fazer uso da *puissance publique* com a finalidade de homenagear o poder como um fim em si mesmo.

Essa correção do discurso histórico é aqui empregada não por razões meramente arqueológicas, mas sim porque aquela narrativa equivocada – calcada

⁵⁶ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. reimpr. Navarra: Civitas, 2005, p. 41.

na ilusão garantística quanto ao surgimento do Direito Administrativo - também tem se revelado um óbice para a satisfatória compreensão, em nosso tempo, do princípio da supremacia do interesse público. Eis aqui o ponto em que se tangenciam esse discurso histórico e a nossa pesquisa científica, voltada para identificar um método de investigação do conteúdo do interesse público em casos concretos. Ao retificarmos a narrativa, não o fazemos apenas com o intuito de preservar a memória histórica, mas, sobremaneira, para demonstrar que a genérica alusão aos vetores axiológicos da Revolução Francesa e ao surgimento do Direito Administrativo, para além de não refletir os acontecimentos de forma fidedigna (o que, por si só, já é deveras relevante), não tem nos permitido identificar, com rigor metodológico e com o grau de concretude desejado, o conteúdo do interesse público. A partir de fórmulas argumentativas genéricas, vincadas à ideia de um Direito Administrativo democrático, garantidor, emancipador de direitos individuais, mas, ao mesmo tempo, protetor da coletividade e reconhecedor das prerrogativas estatais, tem se adotado decisões diversas para casos análogos. Por exemplo, seguindo essa tônica de generalização em que o princípio do interesse público deve ser interpretado sob viés democrático porque é democrática a própria origem do Direito Administrativo, seria possível afirmar que o Estado deve respeitar o interesse particular porque o regime jurídico especialmente edificado para reger as relações entre administração e administrados, é historicamente democrático e, portanto, vocacionado para emancipar os indivíduos em face do Poder Público, mas, em contrapartida, fiel a esta mesma inspiração democrática, poder-se-á afirmar, diversamente, que o interesse particular é que deve sucumbir ao interesse do Estado porque este, sendo tutor dos interesses públicos, estaria agindo democraticamente em favor da coletividade. E, nessa linha argumentativa abstrata – que tudo pode legitimar – os intérpretes seguem sem um norte metodológico que lhe permita identificar concretamente o interesse público na espécie. É dizer que persiste o problema da indeterminação do que seja interesse público em concreto porque, afinal, os opositores buscarão, a seu respectivo modo, legitimar seus interesses com suporte em uma percepção de democracia tão ou mais indeterminada que o próprio conceito de interesse público. Por isso, conquanto não estejamos a refutar a ideia de que este ramo jurídico deva ser interpretado, em nosso tempo, sem qualquer amarra autoritária, não reconhecemos nesta abordagem um valor científico apto a equacionar, *de per si*, o problema por nós colocado qual seja, dizer, no caso

concreto, a quem o direito positivo socorre e, com isso, fazer prevalecer o princípio da supremacia do interesse público. A toda evidência, fórmulas argumentativas vagas, imprecisas, calcadas no ideal da democracia, não se prestam a revelar o interesse público em concreto. Antes, poderão se traduzir em regras de preferência passíveis de serem manejadas em compasso com o interesse egoístico do debatedor.

Ao desmistificar a ideia de que esse princípio possa ser concretamente identificado a partir da automática associação entre a teoria contemporânea e os primórdios do Direito Administrativo na França, conduzo o leitor à necessidade de se examinar a construção teórica que nos é própria, com atenção às proposições científicas peculiarmente produzidas no Brasil, o que nos permitirá fixar balizas mais adequadas para a investigação do interesse público em casos concretos hodiernamente examinados.

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA DOUTRINA BRASILEIRA: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO, FUNDAMENTOS POLÍTICO-FILOSÓFICOS, EMBASAMENTO NORMATIVO E CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO

Nas linhas introdutórias deste trabalho, registramos a ocorrência de uma dissensão científica travada, por um lado, pelos adeptos da doutrina tradicional, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio da supremacia do interesse público é, em conjunto com a indisponibilidade do interesse público, um elemento fundamental do regime jurídico-administrativo, e, de outro lado, os cultores da doutrina crítica, que classificam o indigitado princípio como uma indesejável regra de preferência, como uma solução adotada *prima facie* em favor da administração para subjugar o direito dos administrados.

Nas considerações que estão por vir, procuraremos demonstrar que a origem desse desacordo não se funda em razões axiológicas, pois que ambas as correntes parecem compartilhar a mesma inspiração democrática. Ao menos, não vislumbramos qualquer intenção, quer seja na formulação tradicional, quer seja nas críticas que lhe foram contrapostas, de conceber o Direito Administrativo a partir de uma visão arbitrária. A dissidência, diferentemente, é de natureza metodológica, advinda especificamente da falta de um acordo científico prévio quanto ao que deva ser considerado *interesse público*, o que acaba por desnaturar o sentido tradicionalmente empregado na locução *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*⁵⁷. Será necessário revisitar as lições de Bandeira de Mello que, em mais de cinco décadas de construção teórica, vem se mantendo leal à concepção de que o interesse público se traduz na ideia de que a administração, na relação que trava com os administrados, deve produzir respostas aderentes ao direito. Pretendemos, aqui, resgatar a essência da doutrina tradicional que defende que o interesse público corresponde a uma correta aplicação das normas de direito positivo.

⁵⁷ Preferimos adotar a expressão abreviada “supremacia do interesse público”, pois, na linha do que defenderemos no item 2.1, o interesse público pode ser coincidente com um interesse privado, desde que este encontre legitimação no direito positivo. Nessas hipóteses, portanto, será impróprio falar em “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”. Talvez pudéssemos utilizar expressão mais minuciosa como, por exemplo, “supremacia do interesse público sobre interesses privados que não encontrem suporte no ordenamento jurídico-positivo”. Essa opção, todavia, traria inegáveis prejuízos para a fluidez de nosso texto, pelo que, repita-se, preferimos usar aquela forma abreviada.

Como almejamos, ao fim e ao cabo, identificar o melhor método de aplicação do direito, ou, mais detidamente, o melhor método de aplicação da norma-princípio da supremacia do interesse público, deveremos fixar, preliminarmente, o conceito que iremos atribuir ao vocábulo *interesse público* e à sua *supremacia*. Buscamos, assim, evitar o contrassenso de selecionar uma tecnologia apta a identificar o interesse público em espécie sem que, antes, reste fixado um acordo doutrinário quanto à ontologia dessa categoria jurídica.

Como vimos no capítulo anterior, os vestígios históricos da criação do Direito Administrativo na França não se prestam a elucidar o conceito contemporâneo de interesse público. É verdade que aquele traço genético de arbitrariedade presente na incipiente fase posterior à Revolução Francesa parece se assemelhar, quanto aos propósitos pragmáticos, às condutas hodiernamente adotadas por agentes públicos que insistem em invocar a supremacia do interesse público como salvo conduto para comportamentos diretivos. O elo que projetaria, faticamente, aquele remoto cenário histórico aos tempos atuais, é a pretensão de se blindar a administração pública quanto aos controles externos. Essa remota associação histórica, todavia, traduz simples patologia, consistente na má aplicação do direito, que não pode orientar as descrições feitas pelos juristas no plano da ciência, cujo suporte físico (ou objeto de análise) é o ordenamento jurídico, não se estendendo ao uso inadequado de seus enunciados normativos pelos intérpretes. O mesmo não ocorre no plano científico. Revela-se, a nosso ver, inadequada uma automática associação entre (i) as proposições científicas do Direito Administrativo contemporâneo (com origem ligada à ideia do Estado Social e, mais recentemente, ao Estado Democrático Constitucional⁵⁸) e (ii) aquelas formulações científicas geneticamente ligadas ao nascedouro deste ramo jurídico na França (que, diversamente, são permeadas pelos influxos do liberalismo clássico e concebidas sob a ideia de que julgar a Administração ainda é administrar). Numa curta sentença, temos dois paradigmas científicos diversos e inconciliáveis.

Por tal motivo, tomaremos de empréstimo um conceito de interesse público – e de sua supremacia – que seja aderente ao modelo constitucional de nosso tempo,

⁵⁸ A propósito, cf. o item 2.2.

abandonando-se, pois, a ilusória construção de que as patologias que hoje vivenciamos no plano da aplicação do mencionado princípio poderiam ser equacionadas a partir da mítica e abstrata invocação dos axiomas da Revolução Francesa.⁵⁹ Sendo nossa intenção buscar uma melhor forma de aferição substancial do interesse público, contribuindo efetivamente para uma ótima aplicação do direito em casos concretos, não há outro caminho senão explorar a origem e o desenvolvimento teórico do princípio tal como contemporaneamente construído na doutrina brasileira, de forma sempre atenta às nossas peculiaridades. Almejamos um compasso entre a formulação teórica que nos é própria e o método de investigação em concreto, voltado para a solução do conflito em casos práticos. Para tanto, após demonstrar a inutilidade daquela narrativa histórica no Capítulo 1, voltaremos nossos olhos para a apresentação da teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, o que faremos com propósitos meramente descritivos. Abordaremos não apenas a origem e o desenvolvimento histórico da doutrina de Bandeira de Mello, mas também os fundamentos político-filosóficos que conferem suporte a essa doutrina tradicional; o embasamento normativo, ou seja, o fundamento de validade dessa categoria jurídica no direito positivo; para, ao fim, estabelecer – propedeuticamente – o caráter principiológico da supremacia do interesse público.

2.1 - A origem e o desenvolvimento teórico do princípio da supremacia do interesse público na doutrina brasileira: a doutrina tradicional capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello.

A ideia nuclear de que os interesses privados devem ceder frente aos

⁵⁹ A rigor, os problemas de aplicação do direito vivenciados na França Pós-Revolucionária – notadamente no que se refere à ocorrência de decisões estatais arbitrárias e à blindagem do Poder Executivo quanto aos controles externos – são, a seu tempo e modo, politicamente semelhantes àqueles que hoje experimentamos. Guardada a proporção devida, tem-se em ambos os casos uma tensão entre administração e administrados, e entre administração e mecanismos de controle externo. Mas tornamos a enfatizar que as semelhanças entre os tempos atuais do Direito Administrativo brasileiro e a origem do Direito Administrativo francês limitam-se ao cenário fático de déficit de controle e de legitimação das decisões estatais, o que não importa dizer que nossos problemas de hoje possam ser cientificamente equacionados a partir de inspirações axiológicas tão distantes e nascidas naquela revolução burguesa. Mesmo porque as soluções aventadas pelo liberalismo clássico para enfrentar tais desafios passavam pela ideia de um Estado garantidor das liberdades negativas, conduzindo o Estado a um *non facere*, ao passo em que o cenário brasileiro atual é vocacionado para prestações positivas em favor dos administrados, algo que, por si só, recomenda comedimento neste salto histórico. Essa conjectural associação, segundo pensamos, mostrar-se-ia não apenas divorciada de nosso arquétipo constitucional e das idiosincrasias daquela época, mas também abriria azo para a invocação etérea e abstrata do princípio sob exame.

interesses da coletividade tem sido explorada pelos publicistas brasileiros há muito tempo⁶⁰. A rigor, o ineditismo trazido por Bandeira de Mello não residiu neste ponto – contraposição entre interesses públicos e privados -, mas sim na proposta de cientificização que o mencionado Professor assumiu no final da década de 1960 ao manejar tais conceitos – àquela época, ainda rudimentares - sob a finalidade de conferir racionalidade ao Direito Administrativo.

É em seu artigo intitulado “O conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico”, publicado na Revista de Direito Público em 1967, que Bandeira de Mello se debruçou sobre uma formulação teórica do princípio em questão. No estudo, o autor apontava, já na introdução, a carência de uma proposta científica ordenada e sistematizada que se dedicasse de modo detido e aprofundado à temática deste regime jurídico, explicitando os princípios e subprincípios norteadores da racionalidade do Direito Administrativo. E, em suas linhas conclusivas, após esclarecer que não pretendeu exaurir todos os princípios afetos a este peculiar ordenamento – mesmo porque o seu desenvolvimento seria o próprio desenvolvimento do Direito Administrativo – realçou a necessidade de caracterização daquilo que informa e tipifica o conjunto de normas cujas peculiaridades poderiam conferir autonomia a este ramo do Direito. Havia, portanto, já naquela época, uma preocupação sensivelmente captada por este professor paulista, e que ainda hoje nos aflige. Sem remissão a um regime jurídico suportado em bases científicas, havia – como sempre haverá - o risco de se submeter as categorias jurídico-administrativas ao plano instável das interpretações e conceitos extrajurídicos⁶¹.

Aparentemente ciente de que a doutrina administrativista, naquela quadra,

⁶⁰ Em 1923, Aarão Reis já sustentava que: “o Direito Administrativo impõe, assim, frequentemente, aos mais respeitáveis interesses privados individuais – em benefício do interesse público coletivo – ônus bem pesados e sacrifícios, mesmo, dos mais penozos (...)”. REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Villas-Boas & Cia., 1923. p. 32. Por sua vez, Themístocles Brandão Cavalcanti, em 1936, identificava que a finalidade do Estado era a “de zelar, não só pelo interesse individual, mas principalmente pelos interesses colectivos, que se sobrepõem a todos os demais”. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 204. Confira-se, ainda: FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 328. TÁCITO, Caio. *O poder de polícia e seus limites*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 27, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-11, jan./mar. 1952. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1964. p. 20.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

tangenciava apenas implicitamente alguns dos importantes cânones do Direito Administrativo, Bandeira de Mello passou a assumir um tom propositivo, instigando a comunidade científica a refletir acerca da necessidade de fortalecimento da ideia de um regime jurídico próprio. Tal regime deveria ser capaz de lançar a mesma luz sobre todas as categorias jurídicas que o compusessem, aprisionando-lhes num linear sentido, unificador, mas, a um só passo, também capaz de preservar as suas respectivas peculiaridades, de modo que elas pudessem refletir traduções particularizadas dos princípios genéricos aos quais estão vinculadas. Para Bandeira de Mello, a doutrina especializada vinha empregando, àquela época, pouco esforço no sentido de organizar cientificamente os princípios básicos do regime administrativo. A abordagem científica, naquele momento, não elevava os cânones do Direito Administrativo a um nível categorial.⁶² Ao contrário, eram tratados como algo subjacente ao tema concretamente examinado, restando, assim, atomizados, subutilizados. Por isso, a provocação de Bandeira de Mello no sentido de que tais noções elementares do Direito Administrativo deveriam ser reduzidas a seus denominadores comuns, articuladas para, afinal, fazê-las refluir sobre cada um dos institutos, lançando sobre eles “uma luz esclarecedora apta a instrumentar, com proveito considerável, uma visão coerente e ordenada de cada qual”.⁶³

O regime jurídico-administrativo, concebido então pelo autor como “ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo”, estaria caracterizado por duas “pedras angulares”: (i) o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*; e (ii) o *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*⁶⁴. Ao referir-se ao primeiro deles – (i) *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* – Bandeira de Mello expende as seguintes considerações, em passagem que posteriormente tornou-se paradigmática na doutrina administrativista brasileira:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

sobrevivência e asseguramento dêste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.⁶⁵

Especificamente partindo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o Autor deduziu duas relevantes consequências jurídicas. A primeira delas consistiria na *posição privilegiada* que ostentam os entes incumbidos de tutelar os interesses públicos⁶⁶. A segunda seria a *posição de supremacia* desfrutada pelos órgãos públicos nas relações travadas com os particulares⁶⁷.

Tendo em vista os limites que propomos para o presente trabalho, descabe tratar de cada um dos instrumentos que permitem à Administração manejar as prerrogativas acima delineadas (v.g., prazo processual ampliado, presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, poder de polícia etc.). A nós interessa, particularmente, o potencial de déficit democrático que expressões como “posição privilegiada” e “posição de supremacia”, uma vez descontextualizadas da ideia motriz de Bandeira de Mello, podem acarretar. Germina daí a necessidade de se sublinhar a inspiração democrática identificável naquele ensaio de Bandeira de Mello, em ordem a afastar o impulso interpretativo que pode ser causado pela carga semântica dos vocábulos *privilégio* e *supremacia*.

Em primeira plana, destaque-se que, ao propor a adoção de tais princípios como “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo, o jurista já ressaltava, desde logo, “inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto. Logo, não se lhes

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁶⁶ Ela se revela através dos diversos benefícios outorgados pelo ordenamento jurídico a esses entes, como forma de permitir um melhor desempenho na tarefa de satisfazer os interesses da coletividade. Como exemplos de tais privilégios, Bandeira de Mello menciona, dentre outros: a presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos, os prazos maiores para manifestação processual, os prazos especiais para a prescrição das pretensões dirigidas contra o Poder Público, etc. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁶⁷ Cuida-se do patamar superior em que se situa a Administração Pública frente aos sujeitos privados, como condição necessária à adequada gestão dos interesses públicos. Dessa posição de autoridade derivaria a possibilidade jurídica de o Poder Público impor unilateralmente comportamentos aos particulares, ainda que sem o seu consentimento, e de alterar unilateralmente relações jurídicas já estabelecidas. Celso Antônio relaciona esse segundo efeito jurídico decorrente do princípio da supremacia do interesse público – (b) posição de supremacia – ao poder de polícia, aduzindo que deste último advém “a prerrogativa de conformar o interesse privado aos interesses públicos, limitando ou condicionando o exercício daquele em função da supremacia dêstes últimos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

dá um valor intrínseco, perene e imutável”⁶⁸. Deveras, Celso Antônio trabalha tais conceitos sob a premissa de que lhes deve ser conferida certa ductibilidade. A supremacia do interesse público não se traduz em dogma inabalável, vez que não possui, por si mesma, a virtude de se impor como fonte necessária do regime. É, diversamente, o próprio regime jurídico-administrativo que a encampou e a validou como fonte matriz do sistema. Em outras palavras, lhe é dada importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim a qualificou⁶⁹, consoante opção do legislador⁷⁰. Por decorrência lógica, as transformações operadas no sistema normativo alteram o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público e, por conseguinte, alteram o próprio regime jurídico-administrativo.

Essa ordem de ideias traz consigo um importante norte hermenêutico. Se a relevância da supremacia do interesse público advém do regime jurídico no qual se insere (e não o contrário), logo, carece sentido em invocar a preponderância dos interesses da coletividade sem que o aplicador do direito se desincumba, previamente, do ônus argumentativo de demonstrar que – na espécie examinada – esta categoria jurídica será aplicada em conformidade com as balizas gerais fornecidas sistemicamente pelo regime jurídico-administrativo, no que se inclui, aliás, a premissa de que o exercício do poder estatal “pressupõe sempre uma habilitação legal expressa ou implícita”⁷¹. Ou seja, ainda que a Administração Pública goze de tal prerrogativa de constituir unilateralmente os particulares em obrigações e de modificar de maneira unilateral relações jurídicas consolidadas, tal atividade se dará sempre nos termos e nos limites da legalidade⁷², perecendo qualquer espaço para exortações genéricas e abstratas.

Tanto isto é verdade que Bandeira de Mello tem a cautela de registrar que todos os princípios por ele propostos não apenas “se apresentam como decorrências

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁷⁰ Para Celso Antônio Bandeira de Mello “Um interesse não se afirma como público ou particular pelo fato de repercutir intensa ou secundariamente sobre a Sociedade. Perante o Direito, será público ou privado, na exclusiva dependência do que houver decidido a lei; portanto, unicamente em função do regime que o disciplina. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁷² HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 22

sucessivas, um dos outros” - o que confirma o nosso raciocínio de que não podem ser invocados de forma isolada e abstrata -, mas também estão submetidos a “*limitações e temperamentos e, como é óbvio, têm lugar na conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições, respeitados os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas em normas que os consagram*”⁷³.

Releva notar, ainda, que o regime jurídico-administrativo é apresentado não apenas sob o prisma do princípio da supremacia. O autor identifica também como alicerce desse regime o *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*. Se o primeiro outorga prerrogativas especiais à Administração, que lhe permitem a adequada perseguição do interesse público, o segundo funciona como um contrapeso, determinando que tal interesse não se encontra à livre disposição do administrador, razão pela qual lhe é imposto um feixe de sujeições, destinado a afivelar a atividade administrativa a uma finalidade cogente legalmente estipulada⁷⁴.

Nessa mesma trilha, ao tecer comentários, por exemplo, sobre o princípio da isonomia⁷⁵, o Autor já dá mostras de querer desacoplar a acepção de *interesse público* do conceito de *interesse da Administração*, pois, segundo assevera, “não basta [...] que a Administração possa demonstrar que realizou operação, em tese, vantajosa para o Estado”⁷⁶. Exige o Autor que reste demonstrado, em acréscimo, que a Administração oferecera oportunidades iguais a todos os particulares, pois que “só assim se evidenciará (...) a ausência de favoritismo na utilização de poderes ou na dispensa de benefícios dos quais a Administração é depositária e curadora”⁷⁷.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁷⁴ Bandeira de Mello, Celso Antônio, apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 23.

⁷⁵ Como bem captado por Daniel Wunder Hachem, à época – ano de 1967 –, o autor extraía do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos os seguintes desdobramentos principiológicos: (a) legalidade (e responsabilidade do Estado, como decorrência lógica); (b) obrigatoriedade do desempenho da atividade pública; (c) controle administrativo ou tutela; (d) isonomia ou igualdade dos administrados perante a Administração; (e) inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos. Todos eles, cada qual a sua maneira, traduziriam mecanismos hábeis a compelir o administrador público à satisfação dos interesses da coletividade, afastando comportamentos personalistas ou vinculados a manifestações de sua vontade própria, e direcionando-o à consecução do interesse público. HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 24.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

Bandeira de Mello deixa assente, ainda, que o conteúdo essencial subjacente ao princípio da indisponibilidade do interesse público consiste na impossibilidade de o agente estatal atuar livremente. Há uma submissão ao dever de realização das finalidades cogentes que lhe são encomendadas pelo ordenamento jurídico⁷⁸. Por isso, com suporte nos ensinamentos de Ruy Cirne Lima⁷⁹ – no sentido de que no âmbito privado prevalece a vontade e na esfera pública predominam o dever e a finalidade –, Celso Antônio enuncia que os interesses da coletividade, cuja tutela incumbe à Administração Pública, “não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para êste, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos”.⁸⁰

Portanto, já a partir deste ensaio de 1967, é possível identificar o norte democrático que inspirou o autor a edificar sua proposta de um ordenamento jurídico especificamente destinado a regular as relações entre administração e administrados.

Como assinala Ricardo Marcondes Martins, em Bandeira de Mello o direito administrativo não se estrutura em torno da ideia de autoridade pública, mas da ideia de função pública, qualificada como “situação de dever satisfazer o interesse público e o manejo dos poderes necessários (e apenas dos necessários) para se desincumbir desse dever”⁸¹. Daniel Wunder Hachem vai além. Num primeiro momento, adverte que o uso de vocábulos como *privilégio* e *supremacia* poderia conduzir ao equívoco de se conceber que a teoria de Celso Antônio estivesse mais afinada com a corrente da *puissance publique*⁸², por radicar-se, em certa medida, na premissa de que a Administração Pública ostenta prerrogativas que autorizam a imposição de condutas unilaterais aos particulares. Todavia, em análise mais acurada, Hachem identifica uma aproximação *ideológica* entre a teoria de Celso

⁷⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 23.

⁷⁹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 3ª ed., 1954. pág. 63.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

⁸¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. Interesse público, Belo Horizonte, ano 15, n. 55, jul./ago. 2013. p. 94-95.

⁸² Para uma síntese da diferenciação entre a Escola da *puissance publique* e a Escola do Serviço Público, cf.: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit.

Antônio e a Escola do Serviço Público⁸³, caracterizada pela perspectiva de que “o Direito Administrativo e seus institutos organizam-se em torno do dever de servir à coletividade, do encargo de atender as necessidades gerais, sendo elas – só elas – as justificativas para o exercício da autoridade”⁸⁴. Confira-se a percepção de Daniel Wunder Hachem:

[...] na formulação do autor, a tônica é conferida à supremacia do *interesse público* sobre o *interesse privado*, e não à supremacia do Estado sobre os cidadãos. (...) o jurista, ao desenvolver sua teoria, busca evidenciar ao máximo que o aludido princípio não determina a supremacia dos *interesses do Estado* sobre os *direitos do cidadão*, mas sim a prevalência dos legítimos interesses da coletividade sobre aqueles exclusivamente particulares, e que as prerrogativas atribuídas pelo ordenamento jurídico ao agente público não retratam simples *poderes*, mas sim meios que lhe possibilitem o cumprimento de *deveres* estabelecidos pelo sistema normativo. Esse posicionamento guarda afinidade com o ideário sustentado pela Escola de serviço público, que buscou radicar a explicação do Direito Administrativo na noção de *serviço público*, como forma de acentuar o caráter instrumental e serviente da Administração Pública aos interesses da coletividade.⁸⁵⁻⁸⁶

Seja como for, estes alicerces democráticos que, como visto, se fizeram presentes desde a formulação originária de Bandeira de Mello em 1967, avultam com maior intensidade a partir do desenvolvimento de sua teoria, notadamente com o lançamento da segunda edição de seu “Elementos de Direito Administrativo”, no ano de 1990⁸⁷, quando então são incorporadas as significativas transformações que a nova ordem constitucional havia provocado. Como bem sublinha Daniel Wunder Hachem, Celso Antônio recepciona os influxos da Constituição Federal de 1988, não sem antes denunciar a “concepção autoritária de Direito Administrativo que as

⁸³ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 29.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit. p. 45.

⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Apresentação. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15.

⁸⁶ Importante destacar que Daniel Wunder Hachem não sugere, com isso, que Bandeira de Mello tenha se filiado à Escola de Bordeaux, acolhendo o serviço público como noção central para explicar o Direito Administrativo, até porque o Autor refuta expressamente a adoção de um critério único para caracterizar a lógica desse ramo jurídico (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit. A similaridade do seu pensamento com a referida Escola não se dá, segundo Hachem, no plano metodológico, mas sim no âmbito ideológico. (HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit).

⁸⁷ Em sua tese de livre-docência, publicada em 1968 sob o título “Natureza e regime jurídico das autarquias” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968. p. 292-318.), bem como na primeira edição de sua obra “Elementos de Direito Administrativo” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980. p. 3-34.), datada de 1980, Bandeira de Mello reproduz as suas ideias acerca do regime jurídico-administrativo e do princípio da supremacia do interesse público, lançadas pioneiramente em 1967, sem aditar-lhes novas considerações.

práticas jurisprudencial e administrativa brasileiras ainda compartilhavam, à época”⁸⁸. Segundo o Professor da PUC/SP esse cenário contrastava com a própria razão de ser do Direito Administrativo e, sobretudo, com a Lei Fundamental de 1988, o que o levou a convocar a comunidade jurídica a não mais emprestar “às nossas instituições o sentido despótico com que as sucessivas ditaduras (ostensivas ou disfarçadas) conspurcaram os documentos constitucionais, inclusive os forjados sob sua égide, como as Cartas de 1967 e 1969”.⁸⁹

No que pertine ao objeto do nosso estudo, releva notar que – nesta segunda edição da mencionada obra - o Autor acresce três novas disposições relativas ao princípio da supremacia do interesse público, que assim podem ser sintetizadas: (i) as consequências jurídicas dedutíveis do princípio em tela – quais sejam, posição privilegiada e posição de supremacia da Administração – não autorizam o ente estatal a exercer suas prerrogativas com a autonomia de vontade similar àquela titularizada pelos particulares, vez que o agente público exerce *função*, ou seja, “está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”⁹⁰; (ii) consoante lição tomada de empréstimo da doutrina italiana, o interesse público ou *interesse primário*, “que são os interesses da coletividade como um todo”, se diferenciam dos *interesses secundários*, representados pelos interesses referentes à pessoa jurídica do Estado; assim, os interesses secundários só poderão ser perseguidos pela Administração Pública nas hipóteses em que coincidirem com o *interesse primário*, que representa o *interesse público*, da coletividade, dotado de supremacia sobre os interesses privados; em consequência, só será realmente *público* e passível de atendimento pelo Estado o interesse “que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar os interesses de todos”⁹¹; (iii) por fim, conjugando essas duas novas contribuições, o Autor infere que a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado somente se fará legítima quando voltada à satisfação dos interesses da coletividade, jamais “para satisfazer apenas

⁸⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 33.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 16.

⁹⁰ Ibid. p. 23.

⁹¹ Ibid. p. 24.

interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal e muito menos dos agentes governamentais”.⁹²

O Autor ainda acresce novos princípios e subprincípios que, na sua visão, poderiam ser extraídos do bloco de constitucionalidade então vigente. Para ele, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado assume feição de um princípio geral de direito ínsito a qualquer sociedade, por traduzir a própria condição de sua existência. Mas quadra notar – e a ressalva é importante – que o princípio sob exame, na perspectiva jurídica do professor, tem “apenas a *extensão e postura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com elas consonantes”. Dessa afirmação, o jurista extrai a inafastável decorrência de que “jamais caberia invocá-lo abstratamente”, ignorando o perfil constitucional que lhe tenha sido emprestado, “e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*”. Isso tudo porque, sob a ótica do Direito, a dimensão desse princípio, sua intensidade e conteúdo “são fornecidos pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado”.⁹³

E, sepultando qualquer dúvida acerca de seus propósitos democráticos, o autor exige que a aplicação do princípio em tela ocorra de forma *proporcional*. Sublinha que os “deveres-poderes” da Administração “só poderão ser validamente exercidos, na extensão e intensidades *proporcionais* ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados”. Condena, por conseguinte, a conduta administrativa desmesurada, considerando-a como “abuso, ou seja, uso além do permitido e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado”.⁹⁴

Tal assento democrático permanece verificado na fase mais recente de construção da teoria de Bandeira de Mello. Senão vejamos.

Aquela obra intitulada “Elementos de Direito Administrativo”, originalmente lançada em 1980, passou a receber, a partir de sua 4ª edição, o título de “Curso de

⁹² Ibid. p. 24.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 52.

⁹⁴ Ibid. p. 54.

Direito Administrativo”, em virtude da ampliação do escopo abordado, com inclusão de vários outros temas afetos à estrutura deste ramo jurídico. Nada obstante, a fundamentação quanto ao princípio da supremacia do interesse público permaneceu sendo a mesma até a 12ª edição, publicada no ano 2000, quando o jurista fez importante acréscimo teórico, sanando uma lacuna ao organizar racionalmente o conceito de interesse público, cuja análise parece constituir pressuposto para a própria compreensão de sua supremacia.

Rompendo com aquele senso comum, calcado na concepção disjuntiva entre interesse público e interesse privado, onde a ocorrência de um estava a significar o automático afastamento do outro, Celso Antônio passou a apontar o equívoco de se conceber o interesse público como categoria absolutamente contraposta ao interesse privado. Na sua percepção, a falta de aprofundamento acerca da exata noção jurídica de interesse público vinha conduzindo a um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse da coletividade, proporcionando “a errônea suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, *desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo*”. Não se deveria, assim, conceder ao interesse público “o *status* de algo que existe por si mesmo, *dotado de consistência autônoma*, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”. Por isso, arremata Celso Antônio, “o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada do interesse das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação”, pelo que seria um vício de premissa a separação absoluta entre ambos.⁹⁵ Com efeito, não parece racional admitir que a soma de todos os interesses individuais pudesse resultar na criação de uma categoria jurídica – o interesse da coletividade - absolutamente desvinculada de sua origem, constituindo entidade autônoma cujo conteúdo é materialmente conflitante com aquele mesmo conteúdo identificado nas partes que a compõem.

Para explicar seu ponto, Bandeira de Mello se vale de exemplo que se tornou multicitado. Refere-se ao caso da desapropriação, hipótese em que “um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal – e máximo – interesse em não ser desapropriado”, mas que “não pode, individualmente, ter interesse em que não haja

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 57.

o instituto da desapropriação, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor”.⁹⁶ Com essa construção lógica, o administrativista promove uma diferenciação entre: (i) “o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou de um grupo de pessoas *singularmente consideradas*”, e (ii) “o interesse *igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos*, mas que comparecem *enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*”⁹⁷. Assim, no exemplo retro mencionado, ao indivíduo resistir à desapropriação de seu imóvel, teríamos um interesse exclusivamente particular, do indivíduo *singularmente considerado*; mas este indivíduo ostenta, a um só passo, o interesse de que exista o instituto da desapropriação, ainda que ele possa ser manejado contra si, o que revela uma dimensão pública do seu interesse, enquanto membro do corpo social. Celso Antônio deixa consignado que é esse segundo interesse que deve ser considerado como público.

Após todas essas considerações, o autor expõe o seu conceito de interesse público: “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.⁹⁸

A essa altura, o desenvolvimento teórico do professor da PUC/SP dissociou-se das amarras típicas daquele raciocínio binário, que traduzia a relação entre interesses públicos e privados a partir da operação *ou um, ou outro*. Admitida a natureza dúplice identificada por Celso Antônio (interesse do indivíduo singularmente considerado *versus* interesse do indivíduo como membro do corpo social), tornou-se racional a assertiva de que um interesse privado pode ser compatível com o interesse público tutelado pelo Estado. Operou-se, portanto, uma importante quebra de paradigma que fez possível a extração de duas consequências jurídicas, ambas – mais uma vez – denotadoras do vínculo democrático de sua teoria: (i) em primeiro lugar, possibilitou desmascarar o mito de que interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de serem defendidos por particulares,

⁹⁶ Ibid. p. 59.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 59.

⁹⁸ Ibid. p. 59.

“[...] mesmo quando seu desatendimento produz agravo pessoalmente sofrido pelo administrado”⁹⁹; (ii) em segundo lugar, mitigou a “falsa desvinculação absoluta entre ambos, refutando a ilação de que “sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado (e demais pessoas de Direito Público) seria *ipso facto* um interesse público.”¹⁰⁰ Explorando este segundo ponto, o publicista, aliás, expressa que “a noção de interesse público [...] impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado”¹⁰¹, lapso de compreensão¹⁰² “que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo”¹⁰³. Para o professor, “o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito”, e que, por isso, “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado de interesses públicos”, pode ter, como qualquer outra pessoa, “interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa”.¹⁰⁴ Esses últimos interesses não são, para este professor paulista, “interesses públicos”, mas sim, “interesses individuais do Estado”, que merecerão proteção jurídica apenas quando compatíveis com a realização do interesse público propriamente dito.

Cláudio Penedo Madureira, captando a sintonia entre essas considerações de Bandeira de Mello e a distinção entre interesses primários e secundários, consagrada na doutrina italiana por Renato Alessi, assim registra:

[...] Alessi distingue os interesses do Estado em primários e secundários, e leciona que determinados interesses transitoriamente defendidos por órgãos estatais (interesses secundários) podem não corresponder ao interesse público (primário), sobretudo quando representarem pretensão circunstancial cuja realização se mostra incompatível com os limites impostos pelo legislador à intervenção do Estado na esfera de

⁹⁹ Ibid. p. 61-62.

¹⁰⁰ Ibid. p. 61.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 61-62.

¹⁰² A expressão é de Cláudio Penedo Madureira (MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 55).

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 65.

¹⁰⁴ Ibid., loc. cit.

disponibilidades jurídicas dos indivíduos. Assim, aqueles interesses designados por Bandeira de Mello como interesses individuais (ou particulares) do Estado correspondem aos interesses secundários referidos por Alessi, ao passo em que a dimensão pública desses interesses individuais, que o professor paulista qualifica como interesse público, corresponde ao que Alessi convencionou chamar de interesse primário.¹⁰⁵

Evidente que o esforço de síntese empregado nas linhas anteriores pode trazer consigo alguma ideia - indesejada por nós, é verdade - de acentuada simplificação do raciocínio que, como visto, vem sendo desenvolvido há cinco décadas no País. Nossa intenção, no entanto, é de realçar as passagens textuais reveladoras do viés democrático nunca abandonado pelo jurista paulista, mas que pode ter sido olvidado a partir de uma leitura mais apressada de sua obra e, sobremaneira, a partir de uma aplicação patológica do princípio sob estudo. Essa desnaturação ocorrida no mundo dos fatos, por si só, não tem – ou não deveria ter – o condão de negar a normatividade do princípio sob estudo, sob pena de se ignorar que o Direito obedece à lógica deôntica (lógica do dever-ser) e que, portanto, a validade e a invalidade de suas normas não deveria ser aferida a partir do resultado de sua aplicação fenomênica.¹⁰⁶

Seja como for, percebe-se que a comunidade científica, mais recentemente, tem se dedicado a resgatar esses pilares democráticos presentes na obra de Celso Antônio, residindo talvez, neste ponto, um benéfico efeito produzido pelas problematizações formuladas pela doutrina crítica.¹⁰⁷ Prova disso se encontra nas palavras de Cláudio Penedo Madureira, para quem “a noção de interesse público concebida por Celso Antônio Bandeira de Mello não traz em si qualquer traço de

¹⁰⁵ MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 56.

¹⁰⁶ Como assevera Lourival Vilanova: “Considerando-se de uma perspectiva superior, extra-científica, possivelmente o conceito de direito se deixe reduzir ou subordinar a outro conceito. Mas, para o ponto de vista científico-positivo ao qual se prende a ciência do direito, o direito é algo primário, irreduzível, (...) irreduzibilidade que decorre dos fins específicos que persegue e dos modos próprios de perseguir tais fins. Somente para uma consideração metafísica, que procure compreender a multiplicidade da cultura dentro de uma unidade transcendente é lícito buscar a integração do direito dentro de princípios absolutos. A ciência do direito parte do *factum* de que o direito é um fenômeno específico, ponto de partida que se fundamenta no resultado da ontologia dos objetos, com suas distribuições em regiões ou campos específicos da objetividade. VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

¹⁰⁷ Tornamos a esclarecer que, neste trabalho, estamos a utilizar a expressão “doutrina tradicional” para designar o grupo de juristas identificados com a ideia de supremacia do interesse público propugnada por Celso Antônio Bandeira de Mello, e “doutrina crítica” para se referir aos representantes das teorias que negam esse princípio. Para consultar obras que se posicionam de acordo com a doutrina tradicional, consultar a nota de rodapé nº 03. Obras que refletem a doutrina crítica, por sua vez, estão referenciadas na nota de rodapé nº 04.

autoritarismo ou arbitrariedade”.¹⁰⁸ Madureira¹⁰⁹ recobra, ainda, as observações de Weida Zacaner na obra *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, que assinalou que o professor paulista “sempre defendeu a propagação de um Direito Administrativo não autoritário e serviente ao administrado”¹¹⁰. Também são registradas por Madureira¹¹¹ as lições de Paulo Motta, que afirma que Bandeira de Mello “é o responsável por duas das mais importantes rupturas operadas no Direito Administrativo brasileiro”, entre elas “a construção do Direito Administrativo da cidadania”.¹¹² No mesmo sentido segue Daniel Wunder Hachem, para quem a teoria do Professor Celso Antônio “jamais agasalhou condutas desmedidas, irrazoáveis e imotivadas da Administração Pública”.¹¹³

É sob essa premissa – no sentido de que o ordenamento jurídico-administrativo engendrado por Celso Antônio deve ser entendido à luz dos postulados democráticos – que mais adiante buscaremos construir uma “ponte” para a compatibilização com a doutrina crítica que lhe é dirigida. Antes disso, abordaremos os fundamentos político-filosóficos que conferem suporte a essa doutrina tradicional.

2.2 – Os fundamentos político-filosóficos que conferem suporte à doutrina tradicional de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em termos gerais, quando se fala em *supremacia*, ainda que intuitivamente, tem-se a noção nuclear de que tal supremacia – traduzindo a ideia de superioridade, de hegemonia - pressupõe um exercício comparativo entre dois ou mais tipos *a priori* equivalentes. Por óbvio, apenas se pode reputar superior aquilo que tenha constituído objeto de prévia comparação.

¹⁰⁸ MADUREIRA, Cláudio Penedo, op. cit. p. 52.

¹⁰⁹ MADUREIRA, Cláudio Penedo, op. cit. loc. cit.

¹¹⁰ ZACANER, Weida. Prefácio: homenagem ao pensamento jurídico de Celso Antônio. In: Bacellar Filho, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. f. 11.

¹¹¹ MADUREIRA, Cláudio Penedo, op. cit. p. 52.

¹¹² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Direito administrativo: direito da supremacia do interesse público*. In: Bacellar Filho, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 222.

¹¹³ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 38.

No tema em estudo, essa relação comparativa prévia – que constitui caminho para definição daquilo que deva receber o status de superioridade - é estampada na contraposição entre interesses públicos e interesses privados. O cotejo entre ambos configura o “centro nuclear de toda a questão” relativa ao princípio sob estudo, segundo afirma Alejandro Nieto¹¹⁴. Conferindo a mesma importância a essa dicotomia, Guylain Clamour ensina que, no que tange às diversas concepções existentes de interesse público, as relações entre este e os interesses particulares representam a divergência inquestionavelmente “mais capital”.¹¹⁵ Com efeito, não basta a genérica afirmação de que os interesses da coletividade prevalecem em face dos interesses privados. Tampouco se faz suficiente, conquanto necessária, a definição do que seja interesse público. Para fins de significação quanto ao que seja supremo (superior, hegemônico), é necessário estabelecer uma premissa lógica em que reste assentado o contexto dentro do qual se pretende confrontar interesses da coletividade e interesses privados.

O que se almeja, portanto, a esta altura, é eleger um arquétipo político e filosófico que traduza de maneira fidedigna a forma com que o interesse público e o interesse privado se relacionam na atualidade. Isso nos permitirá encontrar o paradigma no qual se insere a noção contemporânea de supremacia do interesse público¹¹⁶.

2.2.1 – A concepção do “bem comum” vigente na Idade Média.

Sob esse ensejo – de esclarecer previamente a conjuntura em que estaremos a contrapor interesses públicos e particulares – é possível registrar, já em primeira

¹¹⁴ NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: *Sebastián Martín-Retortillo Baquer* (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991. p. 2198 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 51.

¹¹⁵ CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006. p. 169 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 51.

¹¹⁶ Não pretendemos realizar uma ampla pesquisa histórica nestes itens. A intenção é apenas de fixar premissas para o desenvolvimento do nosso trabalho, o que exige acentuado poder de síntese, sob pena de desvirtuamento do objeto pesquisado. Para uma leitura mais aprofundada acerca dos arquétipos que explicam, politicamente, a relação entre interesses públicos e privados. Cf: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 72.

plana, que não se estará adotando aquela perspectiva teleológica ocorrida no período medieval e influenciada pelo pensamento de São Tomás de Aquino. Essa vertente, que se notabilizou por erigir o conceito de *bem comum* ao status de princípio legitimador do poder político, baseava-se na ideia de que os homens devem se submeter à autoridade do monarca porque este age sempre no sentido do *bem comum*, o qual está inserido numa ordem natural.¹¹⁷ Cuidava-se, pois, de uma noção transcendente, situada na lei natural (que era revelada aos homens na qualidade de “verdade absoluta”¹¹⁸) e que não se ocupava dessa ideia de uma relação conflitual entre interesse público e interesses particulares¹¹⁹.

Essa tradição jusnaturalista¹²⁰, que explicava a sociedade a partir de um ordenamento de natureza divina, a toda evidência, não é aderente ao cenário contemporâneo, antropocêntrico, racional e individualista, que propomos explorar. Preservado o objetivo de identificar um método ótimo de aplicação de norma jurídica (neste caso, do princípio da supremacia do interesse público) em casos concretos, seria de pouca utilidade a invocação de um paradigma suportado na ideia de que o interesse coletivo – ou o “bem comum” – não é resultante da aplicação de normas em concreto mas da atividade volitiva do monarca.

Para os fins que almejamos, repita-se, faz-se imperioso identificar um arquétipo político-filosófico despido daquelas fundamentações metafísicas que caracterizam a noção de *bem comum* presente na Idade Média. E, neste quadrante, duas são as vertentes de pensamento que repousam na ideia de uma sociedade laica e na racionalidade. É o que veremos a seguir.

¹¹⁷ LINOTTE, Didier. *Recherches sur la notion d'intérêt général en Droit Administratif Français*. Bordeaux: [s.n.], 1975. p. 11 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 55.

¹¹⁸ MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 9 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 55.

¹¹⁹ É o que se extrai do pensamento de São Tomás de Aquino: “como o homem é parte da casa, assim a casa é parte da cidade; e a cidade é a comunidade perfeita (...). E assim, *como o bem de um só homem não é o fim último, mas ordena-se ao bem comum*, assim também o bem de uma só casa ordena-se ao bem de uma cidade, que é a comunidade perfeita” (*grifei*). AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. v. IV. São Paulo: Loyola, 2005. p. 526-527. Em outra passagem: “Claro está que o bem da parte existe por causa do bem do todo. Por isso, mesmo com o apetite natural ou amor, cada coisa particular ama seu próprio bem por causa do bem comum de todo o universo, que é Deus”. AQUINO, São Tomás de. *Op. Cit.*, p. 848.

¹²⁰ Para um esboço histórico que explique as diferentes nuances do jusnaturalismo e o surgimento do positivismo jurídico, cf.: Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

2.2.2 - A concepção individualista de “interesse geral” no Estado Liberal (período oitocentista).

Este segundo modelo de relacionamento entre interesses públicos e privados, forjado sob a égide do liberalismo pós-Revolução Francesa, que cobriu todo o século XIX e se prolongou até a Primeira Guerra Mundial, encontra suporte em pilares filosóficos absolutamente distintos daqueles experimentados no modelo medieval, pois que abandona a concepção de um *bem comum* natural, resultante da vontade divina, para adotar a ideia de um *interesse geral* racional, fruto de exercício realizado pelos indivíduos¹²¹. O pensamento filosófico caminha, portanto, em direção a uma ética individualista¹²², movimento que, em Jacques Chevallier, é sintetizado sob a ideia-chave de que o poder político deixa de desfrutar de uma legitimidade “fundada sobre as leis da Natureza, gozando do privilégio da transcendência; ele é necessário para garantir a adesão dos cidadãos, estabelecendo racionalmente sua necessidade e o seu mérito”.¹²³

Embora, como veremos a seguir, este não seja o paradigma político adequado para espelhar, integralmente, o conceito contemporâneo que se deva empregar ao interesse público e à sua supremacia, seu valor se faz inegável para a compreensão do problema, pois que nele se encontram as bases originárias do sentido atual que estamos a buscar. A investigação acerca dos embriões da noção de interesse público e da sua possível configuração na modernidade conduz necessariamente ao estudo prévio das bases filosóficas e teóricas do constitucionalismo contemporâneo, o qual, por sua vez, só pode ser entendido mediante a apreciação das condições históricas presentes no final do século XVIII.¹²⁴

Operou-se, à época, uma ruptura entre o modelo absolutista – calcado na ideia

¹²¹ MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionne*, op. cit., p. 11.

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 155.

¹²³ CHEVALLIER, Jacques. Le concept d'intérêt en science administrative. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990. p. 139-140.

¹²⁴ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 45 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 60-61.

de superioridade da posição do rei, da qual derivava o arbítrio no exercício do poder político – e um novo modelo suportado em raízes iluministas, segundo o qual “o poder político é uma autodisposição da sociedade sobre si mesma, através da vontade geral surgida do pacto social, a qual se expressa por meio da Lei, uma Lei geral e igualitária”.¹²⁵

Ideias como soberania popular, separação de poderes e supremacia da lei – considerada como expressão da vontade geral – tinham por finalidade limitar os poderes da Administração Pública e proteger o pleno desenvolvimento das liberdades individuais, que estavam na base dos interesses da classe dominante: a burguesia. Daí infere Daniel Wunder Hachem que vigia no período pós-revolucionário na França uma *perspectiva individualista de interesse público*.¹²⁶ Dentro dessa concepção, a vida do homem é movida pela busca de seus interesses individuais, de modo que a sociedade organiza-se em torno da realização dos interesses particulares de cada indivíduo, mediante a garantia de um mínimo de coordenação entre eles, promovida pelo Estado. A atuação deste último, ainda segundo Hachem, resumia-se à salvaguarda dos direitos e interesses individuais, incumbindo ao Direito a tarefa de proporcionar o livre desenvolvimento dos anseios pessoais de cada cidadão¹²⁷. Tal mentalidade conduziu a uma contraposição entre indivíduo e Estado, e exigiu uma Administração Pública mínima e não interventora, que no âmbito econômico deve deixar quase tudo à livre iniciativa particular e ao mercado.¹²⁸

Sem o propósito de exaurir esse desenvolvimento histórico, assume relevo para nós o fato de que o constitucionalismo liberal de matriz francesa erigiu o legicentrismo como um de seus pilares¹²⁹. Para Daniel Wunder Hachem, a razão

¹²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 125.

¹²⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 74.

¹²⁷ Ibid., loc. cit.

¹²⁸ SANTIAGO, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional: el personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. p. 55-57.

¹²⁹ O legicentrismo do constitucionalismo liberal, como bem descreve Ricardo Marcelo Fonseca, significava que: “Só a lei seria fonte de poder e só a lei poderia legitimamente determinar o que os cidadãos não podem fazer e aquilo que devem fazer. (...) O poder só pode vir encartado pela embalagem da lei: afinal, a lei, segundo o típico racionalismo iluminista, é expressão da vontade do (...) povo (...) e, assim, é dotada de um conteúdo intrínseco de racionalidade que legitima o exercício de poder”. FONSECA, Ricardo Marcelo. *O Poder entre o Direito e a “Norma”*: Foucault e Deleuze na

dessa valorização da lei estava na sua vinculação com o conceito de *vontade geral* e na necessidade de proteção das liberdades individuais: como as leis eram elaboradas pelo corpo unitário da nação, e como os representantes do povo jamais criariam normas atentatórias contra suas próprias liberdades individuais, logo, as leis seriam sempre justas, pois refletiriam a vontade do povo e assegurariam que o exercício do poder político pelo Executivo se desse sempre de forma afivelada aos ditames legais.¹³⁰ Esse legicentrismo alimentado pela classe burguesa constitui, portanto, fruto da crença de que as leis seriam vetores de preservação dos direitos individuais – notadamente as liberdades clássicas – impondo à Administração Pública a proibição de ingerência indevida sobre os particulares¹³¹. Era essa, afinal, a *vontade geral* que fundamentava a existência do Estado de Direito, assegurado pelo constitucionalismo moderno francês: *a proteção do individualismo*. E foi sobre essas bases que se formou o Direito Administrativo moderno de matriz francesa, bem como o primeiro sentido de *interesse público* ou *interesse geral* que se pode identificar na modernidade.

Esse primeiro conceito de interesse público moderno, contraposto aos interesses privados, no entanto, sofre importante alteração com as transformações funcionais experimentadas pelo Estado, a partir do advento do Estado Social.

2.2.3 - Prevalência do interesse público sobre o privado: aportes iniciais do Estado Social e a necessidade de atualização da teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello face o contemporâneo Estado Constitucional Democrático.

A interpretação do que vem a ser interesse público nas quadras do Estado Social passa pela quebra daquele paradigma oitocentista que conferia ao Estado estritamente a função de salvaguardar os interesses particulares a partir de uma obrigação de não-intervenção. Passa-se, desta feita, ao reconhecimento de que a

Teoria do Estado. In: _____ (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 259.

¹³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 67.

¹³¹ Não por outro motivo que a primeira feição substantiva que assume o Estado de Direito no final do século XVIII e início do século XIX é uma conotação de matiz liberal, abstencionista, que lhe rendeu o rótulo de *État Gendarme* ou Estado Guarda-Noturno, visto que nessa configuração a Administração Pública deveria ser restringida a limites mínimos, cabendo-lhe somente agir para garantir a ordem pública, sem se imiscuir nas relações econômicas, sociais e jurídicas estabelecidas entre particulares. Nesse sentido: ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 22-23.

proteção do interesse público pode ser operada não apenas pelo emprego de condutas estatais omissivas, mas também através de restrição das liberdades, como uma condição para o exercício dessas.¹³²

Essa perspectiva do interesse público, portanto, deixa de se resumir à proteção das liberdades individuais, e leva em conta as reais necessidades dos cidadãos, incorporando as demandas dos setores mais frágeis da população.¹³³ Ocorre, segundo ensina Hermes Zaneti Júnior, uma “forte presença de um conteúdo promocional do direito”, de modo que “a expressão *proteger juridicamente*, passa a ter, ao lado do clássico sentido negativo, um sentido positivo”.¹³⁴ Tal concepção “passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais à existência digna”, exigindo para tanto uma “maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social”.¹³⁵ E isso acaba por proporcionar uma repercussão em matéria de direitos, com a restrição do âmbito de proteção dos clássicos direitos fundamentais individuais, e com a ampliação da tutela jurídica dos direitos sociais, que acabam, inclusive, por trazer limitações ao exercício dos direitos de liberdade.¹³⁶

É nessa medida que se pode afirmar que o modelo do Estado Social propugnou uma preponderância do interesse público sobre o interesse privado, no sentido de que incumbia ao Estado interferir nas relações entre os particulares, seja

¹³² Essa nova vertente é explicada na doutrina espanhola por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, ao identificar interesses gerais (“*intereses generales*”) com a satisfação dos direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos e sociais. O jurista recorda que, se no Estado Liberal os direitos fundamentais se reduziam a limitar o exercício do poder político, orientando-se à proteção do indivíduo singularmente considerado, no trânsito em direção ao Estado Social, com a superação do clássico fosso entre Estado e sociedade, tais direitos passam a configurar um conjunto de valores que orientam a ação positiva da Administração Pública, exigindo a sua realização efetiva mediante prestações estatais. Assim, o interesse geral do Estado Social dirige-se à potencialização e ao fortalecimento dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor: “o conceito de interesse público, ou se se preferir interesse geral, (...) em última instância robustece a operatividade dos direitos fundamentais”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho Administrativo y Constitución*. Granada: CEMCI, [s.d.]. p. 115.

¹³³ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 85.

¹³⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 151.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da supremacia do interesse público. Interesse Público*, nº 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009. p. 44.

¹³⁶ FONTECILLA, Jorge Correa, apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 85.

mediante a elaboração de normas jurídicas, seja através de ações materiais, para assegurar que as condições de existência digna dos indivíduos fossem proporcionadas.¹³⁷ Aquele individualismo exacerbado protegido pela omissão estatal dá lugar, aqui, à solidariedade como valor-fonte da atuação do Estado, o que exige dos agentes públicos uma intervenção, uma atuação comissiva, capaz de equalizar as oportunidades entre os indivíduos e de impedir a prevalência de interesses exclusivamente particulares em detrimento da vontade coletiva.

Para ilustrar esse ponto, tome-se de empréstimo o paradigmático exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello relativo ao direito de propriedade. Levado ao extremo, em sintonia com aquelas inspirações das revoluções liberais, o direito de propriedade estaria sob o manto da fundamentalidade em grau de intensidade capaz de afastar qualquer intervenção do Estado, ainda que o exercício daquele direito estivesse a proporcionar um prejuízo ao interesse do todo. Todavia, sob a égide do Estado Social, no mesmo exemplo, o interesse do particular em si mesmo considerado deveria ceder ao interesse público contido na desapropriação (forjado a partir da conjunção de todos os interesses dos indivíduos enquanto partícipes da coletividade). Isso não afastaria – evidentemente – a necessidade de que os atos expropriatórios ocorressem em conformidade com o direito positivo, preservando-se, por exemplo, o interesse pecuniário do particular em ser indenizado e o controle social sobre a finalidade do ato expropriatório praticado.¹³⁸

A doutrina do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello - iniciada, repita-se, em 1967, sob o objetivo de conferir cientificidade ao Direito Administrativo, erigindo o *princípio da supremacia do interesse público* à condição de pedra de toque do regime jurídico-administrativo -, surge inicialmente nesse contexto do Estado Social,

¹³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 87.

¹³⁸ Afinal, consoante sintetiza Cláudio Penedo Madureira, a partir das lições de Bandeira de Mello, “o interesse público terá a conotação que o direito lhe atribuir” (MADUREIRA, Cláudio Penedo, *Avocacia Pública*, op. cit. p. 58). No mesmo sentido, Emerson Gabardo, para quem a concepção contemporânea de Direito Administrativo, deflagrada simultaneamente ao Estado Social do pós-guerra, exige que o interesse público seja “encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo” (GABARDO, Emerson. *O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*. In: _____. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 285).

ou Estado Providência, como prefere designar Boaventura de Souza Santos.¹³⁹ Por isso que, para além dos excertos doutrinários que logramos apresentar no item 2.1, também sob esse prisma histórico-conjuntural, não se afigura razoável deduzir que aquele professor paulista teria assumido qualquer inclinação arbitrária quanto à forma de pensar o Direito Administrativo. Diversamente, a inferência possível a partir dessa observação histórica é a de que a formulação teórica de Bandeira de Mello era aderente ao seu tempo e, portanto, afinada com as exigências do conteúdo promocional do direito, já naquela quadra, voltado para a emancipação do indivíduo em face do Estado.

É bem verdade que essa inspiração democrática de Bandeira de Mello, que propugnava por uma existência digna dos indivíduos, na verdade, nunca se realizou de forma plena no Brasil, pois que sempre “padecemos de uma grave deficiência crônica no aspecto administrativo, resultando que, do ponto de vista de um observador externo, nosso legislador é *idealista*, e nosso administrador é *ineficaz*.”¹⁴⁰ Luís Roberto Barroso observa, a propósito, que o Brasil chegou à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal ou moderno. Segundo este professor fluminense, somos “herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo e injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres” e por isso, “chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.”¹⁴¹ Essas constatações, conquanto inegáveis, não resultam, todavia, em qualquer prejuízo para a racionalidade da formulação teórica de Bandeira de Mello, vez que sua proposição sempre esteve situada no plano deôntico, como já tivemos a oportunidade de sublinhar. Tais distorções fáticas, a par de socialmente relevantes, se situam no plano extrajurídico. Por isso, não apenas deve ser confirmada a validade científica da construção teórica de Bandeira de Mello segundo o paradigma de Estado existente àquela época (final dos anos 1960), mas

¹³⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas apud ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo. 2. ed. rev. ampl. alt. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁴⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (coord). O controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Forense, 2011. p. 41.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. [S.l]: [s.n], [s.d.]. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 20 jan. 2017.

também subsiste para nós a necessidade de que a teoria tradicional do princípio da supremacia do interesse público seja atualizada em compasso com o panorama que estejamos a vivenciar no tempo presente. Mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello, em 1967, já adotava uma postura prospectiva em relação às suas propostas científicas, prenunciando a constitucionalização do Direito Administrativo, numa pretensão de impulsionar o progresso desse ramo jurídico e de influenciar as suas futuras tendências¹⁴², pelo que suas palavras tecidas naquela quadra devem ser recebidas como impulso, como abertura para as vindouras transformações do Direito, e não como fotografia de um momento supostamente imutável.

Sob esse intuito – aferir a doutrina de Celso Antônio diante do atual modelo de Estado em que nos encontramos – afiguram-se oportunas as lições de Hermes Zaneti Júnior, que nos permitem compreender como se deu a transformação do Estado Social em Estado Democrático Constitucional. Demonstrar-se-á, com isso, que o princípio da supremacia do interesse público, entendido como imperativo de observância da juridicidade, ostenta solidez, capaz de subsistir mesmo diante do surgimento desse novo paradigma sociopolítico. O que não significa, evidentemente, que este princípio jurídico seja imutável, mesmo porque, sendo o direito um produto cultural, uma ficção, ele estará sempre suscetível a transformações em função de um dado momento histórico.

Hermes Zaneti Júnior¹⁴³, com aportes de Luís Roberto Barroso¹⁴⁴, relata que o Estado Democrático Constitucional, estágio atual em que nos encontramos, tem suporte em três marcos fundamentais, quais sejam, o marco *histórico* da Constituição de 1988, com a priorização dos direitos fundamentais; o marco *filosófico* pós-positivista, que consiste na superação da lei como única fonte do direito, na reaproximação entre moral e direito, no reconhecimento da indeterminação da norma e da função reconstrutiva do intérprete; e, por fim, o marco

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit.

¹⁴³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (coord). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit. p. 42.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 17 fev. 2014.

teórico, que afirma a força normativa da Constituição e reconhece os direitos fundamentais como normas, trazendo consigo não apenas o mecanismo de controle de constitucionalidade como novas técnicas de interpretação jurídicas.

Importante notar, ainda, que os modelos de estado – liberal, social e democrático constitucional – não guardam entre si uma relação de sucessão excludente entre si, ou seja, as características de uma dimensão são acrescidas às das outras, de modo que elas interagem entre si, ou seja, coexistem harmoniosamente e de forma simultânea, ainda que o significado de cada uma sofra o influxo das concepções sociopolíticas surgidas nos novos momentos. Por isso, adverte Zaneti Júnior que o Estado Democrático Constitucional é o modelo de Estado que consolida as *conquistas liberais* que são traduzidas em liberdades negativas (direitos fundamentais de primeira dimensão), as *conquistas sociais* de busca de uma igualdade substancial (direitos fundamentais de segunda dimensão) e as conquistas da solidariedade e da comunidade, presentes nos direitos difusos e coletivos (direitos fundamentais de terceira dimensão).¹⁴⁵ Este novo modelo de estado não apenas avança nessas conquistas pretéritas, mas também reconhece como fundamental o direito à participação efetiva do cidadão. Trata-se do direito à “participação na formulação das decisões políticas, em senso amplo”, de modo que reste garantido ao indivíduo ou ao grupo, enquanto destinatários daquela decisão final, o direito de participar dos atos intermediários de formação do ato decisório, bem como o direito de questionar, a *posteriori*, a decisão tomada, a fim de que reflita na sua esfera de interesses.¹⁴⁶

E, desde que respeitada essa garantia ao direito de plena participação nos processos decisórios, o Estado Democrático Constitucional se amolda perfeitamente à doutrina tradicional de Bandeira de Mello, como, de resto, também vem ao encontro do propósito de se construir concretamente o interesse público, em cada situação sob exame, mediante exercício dialético efetivo e sem espaço para regras de preferência ensejadoras de tratamento diferenciado entre os opositores. Isso porque o advento desse novo paradigma, além de preservar conquistas históricas

¹⁴⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). O controle jurisdicional de políticas públicas, op. cit. p. 43.

¹⁴⁶ Ibid, p. 43-44.

dos indivíduos em face da administração (liberdades negativas, liberdades positivas e direitos coletivos), traz consigo novo elemento democrático ao superar os limites dos direitos cívicos clássicos (como, por exemplo, votar e ser votado), para garantir que o interessado participe efetivamente da formação dos atos de decisão (inclusive perante o Poder Judiciário). Essa nova compleição é perfeitamente ajustável à construção teórica de Bandeira de Mello, vai de encontro à compreensão de que a supremacia do interesse público seria uma regra de preferência em favor da administração, capaz, portanto, de alijar os particulares do processo decisório, relegando-os à condição de meros espectadores, mas, ao contrário, defendeu historicamente que o interesse público estaria com aquele a quem o direito positivo socorresse, fosse ele um indivíduo ou a administração. E, assim sendo, o Estado Democrático Constitucional, com sua quarta dimensão de direitos fundamentais (consubstanciados no direito de efetiva participação política *lato sensu*), desempenha o relevante papel de assegurar que tanto administração como administrados possam demonstrar, segundo sua própria perspectiva, como o direito positivo deve ser interpretado no caso concreto, ou, melhor, como a norma-princípio da supremacia do interesse público deve ser aplicada na espécie.

Ao agregar esse elemento participativo, ademais, o Estado Democrático Constitucional aprofunda sua relação com o *processo*¹⁴⁷. Afinal, seguindo essa conformação de ideias, é no bojo de um processo judicial cooperativo, receptivo ao valor *participação*, em que (i) os jurisdicionados deixam de ser meros espectadores da decisão a ser adotada pelo magistrado; (ii) a administração e os administrados ficam impedidos de lançar mão de regras de preferência, ou de silogismos puros, para fazer valer seu alegado direito; (iii) e a relevância do discurso jurídico é resgatada, permitindo-se o rompimento com aquela “facilidade simplificadora”, advinda da “ausência de discurso no paradigma legalista (lei-fato-decisão)”¹⁴⁸. As partes têm, assim, a *obrigação de argumentar corretamente*¹⁴⁹, não subsistindo espaço para a invocação de um etéreo interesse público, como censura a doutrina

¹⁴⁷ No Capítulo 4, voltaremos a essa temática da função do processo como método de investigação do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público em casos concretos.

¹⁴⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*, op. cit. p. 65.

¹⁴⁹ Para uma teoria do discurso e racionalidade prática procedimental, neste paradigma do Estado Democrático Constitucional, cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*, op. cit. p. 97.

crítica. O processo judicial, revestido pelos ditames do Estado Democrático Constitucional, passa a ser instrumento de realização deste, assegurando condições para que as tensões entre administração e administrados “sejam solucionadas não a partir do interesse ou da vontade pessoal de um indivíduo (Estado Liberal)”, ou em deferência a um “grupo de indivíduos (Estado Social – onde a maioria decide o conceito de ‘bem’), mas do direito, entendido como justiça (pretensão de correção)”.¹⁵⁰ Sob essa compleição, o Estado Democrático Constitucional (e o modelo de processo judicial a ele acoplado) se mostra potencialmente apto a equacionar a demanda da doutrina tradicional, porque não permite a primazia *a priori* do interesse do indivíduo egoísticamente considerado sobre os interesses públicos; ao passo em que, de mesma forma, atende aos anseios da doutrina crítica, ao não admitir uma ascensão *prima facie* dos interesses da maioria em detrimento do interesse particular que encontre arrimo no direito positivo. A solução do Estado Democrático Constitucional passa ao largo dessas fórmulas apriorísticas, para depositar na juridicidade a confiança de que dela se extrairá uma solução justa para o litígio.

Ante tais considerações, tem-se que os exercícios intelectivos que aqui relacionamos à supremacia do interesse público devem obedecer a esta lógica própria do Estado Democrático Constitucional, em que “o contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida”.¹⁵¹ Afastamos, assim, qualquer inferência vinculada à ideia de que possam existir soluções *prima facie* em favor do Estado, ou mesmo em prol dos indivíduos. A solução, diversamente, deve ser buscada no direito positivo, num movimento de reconstrução do significado dos seus enunciados normativos, especificamente voltado para equacionar o caso concreto, o que exigirá um modelo cooperativo de processo judicial. Afinal, como observa Dierle José Coelho Nunes, “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de

¹⁵⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*, op. cit. p. 109.

¹⁵¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Salvador: Jus Podvm, 2015. P. 125.

processo”.¹⁵²

2.3 – O princípio constitucional da supremacia do interesse público e seu fundamento de validade no direito positivo.

O suporte político conferido pelo liberalismo clássico ao modo de se relacionar interesses públicos e privados, conquanto guarde substancial diferença quando cotejado com o período contemporâneo¹⁵³, com este ainda encontra certa semelhança, na medida em que ambos condenam a concepção de uma subjugação divina do indivíduo diante do Estado. Encontra-se, tanto num, como noutro, uma matriz voltada a combater o autoritarismo estatal, havendo diferenças especificamente no que se refere ao modo desse combate. Enquanto o liberalismo clássico supunha ser suficiente a não-intervenção estatal porque depositava toda a sua crença na satisfatoriedade das liberdades clássicas (e na primazia da lei para preservá-las), o modelo do constitucionalismo contemporâneo, por sua vez, segue a ideia de que o Estado é responsável por empreender condutas comissivas, tendentes a ofertar prestações positivas em favor dos administrados. Seja como for, percebe-se que, em ambos os cenários, essa relação *indivíduo-Estado* está calcada na lei, e não mais na mera liberalidade de uma entidade soberana.

Deveras, em um e outro paradigma a forma encontrada para controlar o poder estatal foi a sua subordinação às normas jurídicas, que passaram a reconhecer a existência de direitos individuais aos particulares, modificando a relação entre Estado e indivíduo, na medida em que este deixa de ser visto como *súdito* e passa a ser encarado como *cidadão*, sujeito de direitos.

Essa novel configuração da relação entre Estado e particulares fez surgir, como visto no primeiro capítulo, um sistema de regras específico que ora vinha sendo explicado a partir da ideia defendida pela Escola da *puissance publique*¹⁵⁴

¹⁵² NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008. P. 215.

¹⁵³ Aqui, quando empregamos a expressão “período contemporâneo”, estamos nos referindo genericamente tanto ao Estado Social, como ao modelo contemporâneo de Estado Democrático Constitucional. Ambos podem ser contrapostos ao modelo de Estado Liberal, o que não significa, evidentemente, que não existam diferenças entre Estado Social e Estado Democrático Constitucional. Para consultar essas diferenças, nos reportamos ao item 2.2.3.

¹⁵⁴ Representada, entre outros, por Maurice Hauriou. HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929. p. 1.

(no sentido de que o poder e a soberania estatal seriam capazes de explicar o regime jurídico-administrativo), e ora vinha sendo concebido a partir dos influxos da Escola de Bordeaux (que enfatizava o caráter de subordinação do Estado à realização dos interesses gerais da coletividade, estando a atividade pública “inteiramente consagrada à gestão de empreendimentos destinados a satisfazer o interesse geral, ou seja, os serviços públicos”¹⁵⁵).

Ocorre que ambas as abordagens se revelaram incompletas. A uma, porque os poderes especiais só se justificam tendo em vista que ao poder Público compete perseguir os interesses públicos: é a satisfação destes que legitima e fundamenta o emprego das prerrogativas da Administração.¹⁵⁶ A duas, porque, como assevera Clèmerson Merlin Clève, “conceituar o direito administrativo como a disciplina dos serviços públicos significa restringir arbitrariamente o foco de abrangência desse ramo jurídico”¹⁵⁷, na medida em que ignora que o Estado não apenas desempenha serviços mas, de igual forma, pratica atos de imperatividade resultantes de seu poder de polícia. Assim, as ideias defendidas pela Escola da *puissance publique* e pela Escola de Bordeaux, que, numa análise perfunctória, poderiam parecer conflitantes, na verdade, parecem constituir os dois lados de uma mesma moeda, hábeis a explicar – em conjunto – o modelo jurídico sob estudo.

Esse falso antagonismo, aliás, vem sendo denunciado pela doutrina contemporânea, que tem optado por conjugar as duas correntes para melhor explicar não apenas os poderes instrumentais titularizados pela Administração, mas também para esclarecer os motivos pelos quais o Estado sofre limitações mais exacerbadas do que aquelas conferidas aos particulares em geral. Diante do fracasso das tentativas de se criar um critério único para a compreensão da unidade do Direito Administrativo¹⁵⁸, aparecem propostas de autores estrangeiros para

¹⁵⁵ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 38.

¹⁵⁶ SAGUER, Marta Franch I. El interés público: la ética pública del Derecho Administrativo. In: Jorge Fernández Ruiz (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005, p. 403-419 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 92.

¹⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo*. Curitiba: Julex, 1988. p. 55.

¹⁵⁸ Odete Medauar sintetiza essas tentativas, mencionando a teoria da *Escola de Serviço Público*, encabeçada por Duguit e Jéze, autores franceses das primeiras décadas do século XX, para os quais em torno da noção de serviço público gravita todo o Direito Público e o Direito Administrativo (e a

expressar a racionalidade desse ramo jurídico a partir da tensão entre prerrogativas da Administração e liberdade dos indivíduos.¹⁵⁹ No cenário nacional, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, como acentuamos no início deste, estão claramente afinadas com essa tendência contemporânea de se reconhecer o caráter dúplice do regime jurídico-administrativo, haja vista que, ao eleger a *supremacia do interesse público* e a *indisponibilidade do interesse público* como pedras de toque de seu regime jurídico-administrativo, ao menos implicitamente está a admitir que as relações travadas entre indivíduos e Administração se explicam, a um só tempo, pelas prerrogativas estatais (advindas da hegemonia do interesse público) como pelas sujeições a que o Estado está vinculado (resultantes da indisponibilidade dos interesses da coletividade). Melhor traduzir, portanto, a unidade do regime jurídico-administrativo a partir da ideia-síntese de que é o interesse público que, de uma parte, legitima a instituição de prerrogativas especiais à Administração, e de outra, limita a sua atuação.¹⁶⁰

Especificamente no Brasil, considerando aqui a doutrina tradicional de

própria noção de Estado, definido como a cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelo governo), e lembrando, ainda, Hauriou, da mesma época, que teceu críticas à concepção de serviço público, invocando, como noção-chave, a de *puissance publique*, colocando a vontade do Estado em primeiro plano e o serviço público em segundo lugar. O fracasso dessas ideias antagônicas, isoladamente consideradas, se revela na tendência contemporânea de se explicar o regime jurídico-administrativo a partir da conjugação desses dois critérios. Medauar também entende que o Direito Administrativo não pode ser explicado a partir de um critério único, preferindo a opinião de Jean Rivero que, em artigo denominado “*Existe-t-il un critère du Droit Administratif?*”, publicado pela primeira vez em 1953, na *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, e reproduzido em *Pages de Doctrine*, v. II, LGDJ, p. 187-202, 1980., tece críticas à invocação das figuras do *serviço público* e *puissance publique* como critérios do Direito Administrativo; afirma que a primeira, nesta conotação, está ultrapassada. Quanto à segunda, não engloba todas as normas do Direito Administrativo, pois ao lado das prerrogativas existem as sujeições. Para Odete Medauar, tais esforços para encontrar um critério único não foram inúteis, porque permitiram revelar preceitos relevantes da disciplina; o erro residuiu em hipertrofiar cada um e opô-los uns aos outros (MEDAUAR, Odete. *Administração Pública: do ato ao processo. Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57925>>. Acesso em: 3 maio 2017).

¹⁵⁹ RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif? *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, nº 2, Paris: LGDJ, p. 279-296, avr./juin, 1953. BRAIBANT, Guy. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984. p. 169. GARRIDO FALLA, Fernando. *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales*. Revista de Administración Pública, nº 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr.1952. p. 37 et seq. MORENA, Luis de la Morena y de la. *Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas*. Revista de Administración Pública, nos 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 859, ene./dic. 1983. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. t. I. 14. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008. p. 51-53.

¹⁶⁰ NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991, p. 2251.

Bandeira de Mello, o que legitima a existência de um ordenamento jurídico diverso daquele que usualmente é adotado para reger a relação entre particulares, é exatamente a existência desses dois princípios jurídicos – supremacia e indisponibilidade do interesse público –, não se fundando o regime-jurídico administrativo, pois, em meras noções gerais. A partir desse contexto, faz-se evidente a conveniência de se verificar se o princípio da supremacia do interesse público (que constitui, especificamente, o nosso objeto de estudo), efetivamente, retira fundamento de validade a partir do direito posto, sob pena de se fortalecer a tese levantada pela doutrina crítica no sentido de que o mencionado princípio dá azo a invocações etéreas, desprovidas de conteúdo normativo e aprioristicamente vocacionadas para prejudicar os interesses individuais.¹⁶¹

Por respeito aos limites desta pesquisa, deixaremos aqui de nos debruçar sobre o suporte normativo que embasa o princípio da indisponibilidade do interesse público, mesmo porque as obrigações a que estão sujeitas a Administração Pública parecem restar explicitamente demonstradas na própria Constituição Federal de 1988¹⁶². O princípio da supremacia do interesse público, todavia, não tem a seu favor uma carga de literalidade normativa tão acentuada, de modo que a sua legitimação demanda maior esforço interpretativo. É o que demonstram as intrigantes questões levantadas por Daniel Wunder Hachem:

Por que razão os dispositivos legais que instituem prazos maiores para a Fazenda Pública contestar e recorrer, nos processos judiciais, não são inconstitucionais? E por qual motivo se reputa juridicamente legítima a

¹⁶¹ Sobre as críticas dirigidas à teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, consultar o Capítulo 3.

¹⁶² É o caso dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência, enunciados no art. 37, *caput* da CF/347. Todos eles retratam sujeições especiais impostas à Administração, com o fito de vinculá-la à concretização do interesse público, conforme ensina Romeu Felipe Bacellar Filho. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: _____; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 95. Outros exemplos são mencionados por Daniel Wunder Hachem, como os deveres de abertura de processos de concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II da CF) e de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI da CF), a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros pelos seus agentes (art. 37, §6º da CF), o direito fundamental ao devido processo legal e os seus corolários (tais como a ampla defesa e o contraditório) assegurados no processo administrativo pelos incisos LIV e LV do art. 5º da CF), o direito do cidadão ao controle jurisdicional dos atos administrativos (inciso XXXV do art. 5º da CF), o princípio da continuidade do serviço público (175, parágrafo único, IV da CF). Para este autor, tais exemplos são mecanismos garantidores da observância de que o interesse público não se encontra à disposição dos agentes estatais (HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit., f. 98-100).

presunção de veracidade dos atos administrativos? Nos casos em que a lei não estipula expressamente, mas que apresentam ameaça de grave prejuízo ao interesse público, a exigir providências urgentes da Administração, qual é a base jurídica que confere autoexecutoriedade aos atos administrativos? [...] Se a Constituição protege como direitos fundamentais a liberdade e a propriedade, por que se deve reputar como constitucionais as leis que autorizam a Administração a restringir o exercício desses direitos mediante atividade de polícia administrativa, como na hipótese do direito de construir, que demanda o preenchimento de requisitos legais para a sua concessão? E o que é que respalda constitucionalmente o dispositivo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos que autoriza a Administração a rescindir unilateralmente os contratos públicos firmados com os particulares, por razões de interesse público?¹⁶³

A fim de embasar as potestades do Estado – e, por conseguinte, responder os questionamentos acima transcritos - há de se extrair do quadro constitucional um amparo que guarde relação de compatibilidade com as leis que os instituíram. Ou, quando ausente a lei instituidora dos mencionados privilégios, necessário ao menos identificar uma norma constitucional que os legitime diretamente. Esse alicerce constitucional é justamente o princípio da supremacia do interesse público que, a um só tempo, se apresenta como alicerce do ordenamento jurídico-administrativo e como suporte normativo hábil a legitimar as prerrogativas conferidas ao Estado. É precisamente por isso que se faz imprescindível identificar qual é o embasamento normativo-constitucional desse princípio, que estaria a legitimar e limitar o exercício desses poderes especiais conferidos ao Poder Público.¹⁶⁴

Daniel Wunder Hachem, sob esse ensejo de buscar o fundamento normativo-constitucional do princípio em tela, propõe uma “interpretação mais sofisticada”¹⁶⁵ para o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que inclui dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a *promoção do bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

¹⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 100.

¹⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 102.

¹⁶⁵ O autor considera que a doutrina tem se ocupado de explicar a parte final do dispositivo mencionado, mas não vem concedendo uma atenção mais detida à expressão “promover o bem de todos”, que consta da primeira parte do dispositivo. Por isso, na sua visão, a necessidade de uma interpretação mais elaborada. HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 103.

de discriminação.¹⁶⁶

Para este professor paranaense, é evidente que o Poder Público, para lograr a promoção do bem-estar de todos os brasileiros, tal como exige o dispositivo legal acima transcrito, necessita de uma gama de prerrogativas que lhe outorguem condições indispensáveis à harmonização dos diversos interesses particulares contrapostos no seio da sociedade. Na sua perspectiva, é necessário impedir que determinados interesses exclusivamente privados se sobreponham aos anseios da coletividade, impedindo com isso o bem-estar geral do corpo social. É nessa medida que, segundo entende, se pode dizer que o dever estatal de “promover o bem de todos”, encomendado pelo art. 3º, IV da Constituição Federal, traduz o fundamento normativo do princípio constitucional da supremacia do interesse público. É com fulcro em tal comando legal, portanto, que a Administração Pública encontrar-se-ia autorizada a exercer suas prerrogativas especiais.¹⁶⁷

Para nós, todavia, parece demasiado identificar aquele enunciado constitucional como uma “disposição constitucional específica (...) da qual se pode deduzir o princípio em questão”, tal como afirma Hachem.¹⁶⁸ É que, ao exigir a promoção de todos, aquela prescrição normativa não deixa assente que o interesse da coletividade deve prevalecer sobre os interesses privados, pois que em seu enunciado não consta qualquer vocábulo cuja carga semântica induza à ideia de supremacia, de superioridade ou hegemonia. A afirmação de que o Estado deve promover o bem de todos não corresponde, *sponte propria*, à conclusão de que exista uma supremacia do bem de todos em relação ao bem dos indivíduos em si considerados.

¹⁶⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] inciso IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁶⁷ Para avaliar suas conclusões, o autor traz o escólio de Romeu Felipe Bacellar Filho que afirma categoricamente que “o bem de todos a que alude o art. 3º, IV, da Carta Magna é o bem comum” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: _____. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 128, e nota de rodapé nº 8). No mesmo sentido, Juarez de Freitas, para quem “o princípio do interesse público prescreve que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o ‘bem de todos’ no dizer do art. 3º da CF) sobre a vontade egoisticamente articulada ou facciosa”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

¹⁶⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 101-102.

Com efeito, poder-se-ia argumentar que o mencionado dispositivo está a prescrever um objetivo fundamental de nossa República e que, talvez por isso, devesse ser tomado como vetor interpretativo para as demais disposições constitucionais, denotando uma certa prevalência em relação a estas. Também é verdade, no entanto, que os direitos e garantias individuais gravados pelo caráter da fundamentalidade, em contrapartida, estão protegidos sob o manto da imutabilidade, por constituírem cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988¹⁶⁹. Esse caminho interpretativo, portanto, novamente não permitiria a inferência de que consta no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, um nítido comando para se fazer prevalecer o interesse público em detrimento do interesse particular. Ou, para usar a expressão de Daniel Wunder Hachem, não identificamos ali uma *disposição constitucional específica* da qual se possa extrair o princípio em questão. Para nós, há dois comandos político-normativos de igual relevância. De um lado, elege-se a promoção do bem de todos como objetivo fundamental da República (artigo 3º, IV da Constituição Federal), e por outro lado, blindam-se os interesses privados que estejam alicerçados em direitos e garantias fundamentais, concedendo a estes o atributo da imutabilidade (artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988).

Para além disso, na perspectiva da teoria tradicional de Celso Antônio – adotada como premissa para explicar o princípio em questão –, o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal ensejaria duas interpretações que, conquanto não sejam conflitantes entre si, arrefecem o ânimo de se identificar naquele enunciado uma inequívoca e explícita demonstração de que o constituinte ali quis se referir a uma superioridade dos interesses coletivos em face dos interesses privados. Isso porque não resta claro a partir daquela redação se a promoção do bem de todos está empregada como a somatória dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade (o que ensejaria, de fato, a ideia da dimensão pública dos direitos individuais) ou como o interesse dos indivíduos singularmente considerados (o que traduziria apenas a ideia de que a República Brasileira deve colocar o indivíduo na centralidade do sistema).

¹⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 60. [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

Não se pretende, com isso, a toda evidência, negar peremptoriamente que um dos elementos normativos de fundamentação do princípio em tela seja justamente o artigo 3º, IV da Constituição Federal. Mas aceitamos tal hipótese desde que o dispositivo seja posicionado sistemicamente e cotejado com os demais elementos constitucionais que, inclusive, moldam a forma de atuação do Estado Brasileiro e a garantia dos direitos dos indivíduos. Não vislumbramos no referido inciso uma prova isolada que, por si mesma, represente a opção constituinte pela supremacia do interesse público. Diferentemente, julgamos indispensável extrair o princípio da supremacia do interesse público a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional, sempre à luz da doutrina tradicional de Bandeira de Mello, notadamente no que se refere àquela ideia de que os direitos individuais, em sua dimensão pública, são compatíveis com os interesses públicos. Essa ordem de raciocínio, como se verá adiante, permitirá a solução para os conflitos aparentes entre a coletividade e a individualidade, sem que seja necessário, para tanto, invocar um dispositivo constitucional específico.

De se notar, aliás, que o acentuado esforço intelectual emprestado na tentativa de se fazer evidenciar o princípio da supremacia do interesse público, a partir da leitura específica daquele comando constitucional (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal), parece denotar a ideia de que, na verdade, a associação entre a mencionada norma e o princípio ora estudado se dá num plano subliminar, sistêmico e carecedor de integração com as demais normas constitucionais. O mesmo ocorre quando Daniel Wunder Hachem – com menor ênfase, é verdade – enxerga no mecanismo de veto político a projeto de lei (Art. 66, § 1º, da Constituição Federal¹⁷⁰) um indicativo de que ali também se reflete o princípio da supremacia do interesse público. Para o mencionado Professor, “o fundamento que autoriza o Presidente da República a vetar um projeto de lei por contrariedade ao interesse público consiste justamente na necessidade de que este prevaleça sobre os interesses privados”, tanto de grupos que possuam uma “maioria eventual no Congresso Nacional, quanto

¹⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “[...] § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.”

de pretensões egoísticas dos próprios parlamentares”.¹⁷¹ Também aqui discordamos que exista uma nítida previsão constitucional do princípio sob estudo, mormente porque a construção ignora que o veto político do Presidente da República – por considerar o projeto de lei contrário ao interesse público - poderá ser rejeitado pelo Congresso Nacional (art. 66, § 4º, da Constituição Federal¹⁷²), o que acarreta o difícil problema de se saber quem é, efetivamente, o guardião do interesse público: o Chefe do Executivo ou o Congresso Nacional. Na verdade, pensamos que a acepção ali empregada (artigo 66, § 4º, da Constituição Federal) não se amolda às lições da doutrina tradicional que atribui à norma (direito positivo) o dever de definir o que deva ser *interesse público*, de modo que os projetos de lei e seus respectivos e eventuais vetos – estando situados num plano extrajurídico – não tangenciam o interesse público tal como conceituado na doutrina de Bandeira de Mello. São, a nosso ver, exemplos de exercício deliberativo que antecedem o interesse público normativamente considerado. Daí que, ontologicamente, nos parecem diversos os *interesses públicos* assim definidos em lei e aqueles *interesses públicos* tomados como motivação política para se vetar um projeto de lei (ou para se derrubar tal veto). Aquele seria um conceito jurídico, ao passo em que este seria um conceito de índole ético-política.

Diante de tais dificuldades, preferimos abandonar a busca por um dispositivo legal destinado especificamente a legitimar o princípio da supremacia do interesse público, para trilhar o caminho da interpretação sistemática. Essa é a alternativa apontada por Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que o princípio da supremacia do interesse público não se radica em um dispositivo constitucional específico, mas sim na própria ideia de Estado.¹⁷³ Nesta mesma trilha, a opinião de Fábio Medina Osório, quando assevera que “no Brasil, é certo, não há norma específica consagrando o interesse público como princípio geral da Administração Pública na CF”. Para este autor, cuida-se de “norma constitucional implícita, que decorre da leitura teleológica e sistemática do conjunto de normas constitucionais

¹⁷¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 213.

¹⁷² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “[...] § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores”.

¹⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 25ª. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 96.

que vinculam a Administração Pública”.¹⁷⁴

Evidente que essa opção por retirar o fundamento de validade do princípio da supremacia do interesse público a partir de uma interpretação sistemática do direito positivo não induz à negativa de que os dispositivos constitucionais isoladamente considerados, inclusive aqueles apontados por Daniel Wunder Hachem, possam contribuir conjuntamente, em menor ou maior grau, para o reconhecimento normativo do princípio em estudo. Não há, como já mencionamos, nenhum dispositivo legal constante da Constituição Federal que, explicitamente, declare a supremacia do interesse público como princípio jurídico, o que não impede, todavia, que a construção teleológica dessas normas constitucionais nos permita chegar, harmonicamente, a tal conclusão. Com esse propósito, aliás, na esteira do esforço intelectual empreendido por Daniel Wunder Hachem (mas sem reconhecer a existência de um dispositivo constitucional específico, como o faz o professor paranaense), identificamos importante baliza interpretativa no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal¹⁷⁵ que enuncia que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Se, de um lado, também aqui não há indicativo explícito a qualificar o interesse público como norma-princípio, por outro lado, é possível inferir que ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe e que, por decorrência lógica, quando se tem em vista a relação entre administração e administrados, o Estado só poderá afetar os interesses do indivíduo se houver lei lhe autorizando a tanto. Trata-se, á primeira vista, de um interesse do indivíduo, consubstanciado na proteção contra a ingerência estatal, mas, igualmente, há aqui um interesse público, um interesse da própria sociedade, a quem não socorre qualquer atuação estatal em desconformidade com o direito. Nessa perspectiva, em que indivíduos e agentes estatais devem prezar pela observância das normas de direito positivo, pode-se afirmar que o enunciado normativo (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal) está a legitimar, implicitamente, o princípio da supremacia do interesse público entendido como imperativo de

¹⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?* Revista de Direito Administrativo, nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000, p. 89 e nota de rodapé nº 24.

¹⁷⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

observância da juridicidade, na linha do que propõe a doutrina tradicional.

Esse caminho de uma interpretação integradora se faz suficiente, ademais, para equacionar a aparente antinomia entre o inciso IV do artigo 3º (promoção do bem de todos) e os direitos individuais fundamentais previstos no artigo 5º, ambos da Constituição Federal. Sem se descuidar das peculiaridades ofertadas pela espécie, pode-se partir da premissa de que o conteúdo do interesse público é fornecido tão somente pelo direito positivo. E tendo em conta que a própria Constituição Federal determinou – normativamente - a fundamentalidade dos direitos individuais (gravando-os, portanto, com a insígnia do *interesse público*), logo, será possível afirmar que as ações tendentes à sua promoção – mesmo quando adotadas em desfavor do Estado - se mostrarão aderentes à juridicidade. De outra plana, a intervenção estatal nas relações privadas, manejada sob a finalidade de preservar os direitos fundamentais, ainda que potencialmente lesivas a outros interesses individuais, poderá ser igualmente aceita como legítima expressão do interesse público.

Para ilustrar nosso raciocínio, adotemos dois exemplos. No primeiro caso, (i) eventual economia financeira experimentada pelo Erário à custa de condições indignas por ele proporcionadas à população carcerária não poderá receber o manto da supremacia do interesse público. Isso porque não constitui interesse público a inobservância da lei, para fazer valer um interesse financeiro privado reivindicado equivocadamente pelo Estado enquanto sujeito de direito. No segundo caso, (ii) diante de situação de perigo público iminente, o Estado poderá utilizar bens patrimoniais de particulares por meio da requisição administrativa prevista no direito positivo, suprimindo-lhes – ainda que temporariamente – o direito de propriedade, desde que, por exemplo, a ação tenha por finalidade preservar a vida de vítimas de desastres naturais. Esses dois exemplos somente se compatibilizam a partir da concepção propugnada por Bandeira de Mello de que os interesses privados em sua dimensão pública (ostentados pelo indivíduo enquanto partícipe da sociedade) são aderentes aos interesses públicos, restando despicienda a invocação de um específico dispositivo constitucional para se alcançar tal conclusão. A partir dos nortes democráticos que informam a teoria tradicional de Celso Antônio faz-se possível identificar que, nos exemplos dados, a proteção do detento em face do

Estado, a condenação da Administração em indenizar os ofendidos, a privação temporária do direito individual de propriedade e a justa indenização ao particular em virtude da requisição administrativa, constituem, cada qual a seu modo, expressões do interesse público absolutamente compatíveis com o interesse privado¹⁷⁶.

Como dito, não é nossa intenção afirmar que o princípio da supremacia do interesse público está divorciado de qualquer suporte normativo. Apenas não nos perfilhamos à opinião de que é possível encontrar, pontualmente, um dispositivo constitucional nítido e específico que, por si só, institua o princípio sob comento. O que não importa dizer, porém, que estejamos a lhe negar assento constitucional.

Frise-se que preferimos o caminho da construção sistemática e do apego àquela racionalidade de que interesses privados albergados pelo direito positivo são, sim, uma forma de expressão do interesse público¹⁷⁷. Por isso, quadra enfatizar que não estamos nos dirigindo ao outro extremo dessa dissensão doutrinária que nega terminantemente o conteúdo normativo do princípio da supremacia do interesse público, sob o argumento de que a organização da Constituição Brasileira volta-se precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo, de modo que, se houvesse alguma regra abstrata e relativa de preferência, seria em favor dos interesses privados em vez dos públicos.¹⁷⁸ Quer nos parecer que os cultores desse raciocínio partem da premissa equivocada de que, necessariamente, existe um antagonismo entre interesses públicos e interesses privados, o que lhes pré-

¹⁷⁶ Aqui nos referimos ao interesse privado legitimado pelo direito positivo, e não aos meros interesses egoísticos, atinentes às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular.

¹⁷⁷ Para Daniel Wunder Hachem, o interesse público é utilizado de acordo com duas noções diferentes pelo Direito Administrativo. Uma delas diz respeito a um *interesse público em sentido amplo*, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Se o ato administrativo contrariar a finalidade da norma definida pelo sistema normativo, estará ofendendo o interesse público. É neste sentido que, na presente passagem do nosso trabalho, estamos empregando o vocábulo “interesse público”. Convém, todavia, registrar também a outra acepção identificada por Hachem, que estaria relacionada às situações em que se exige um *interesse público em sentido estrito*, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir. Para revestir-se de validade, o ato administrativo só poderá ser praticado se existente esse interesse público qualificado. O interesse público em sentido estrito pode, no caso concreto, prevalecer sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)* igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo; funciona como uma *condição positiva de validade* da atividade estatal, pois exige que haja um interesse público especial para autorizar a Administração Pública a manejar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida (HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 376).

¹⁷⁸ A respeito dessa negativa do caráter principiológico da supremacia do interesse público, conferir o Capítulo 3, onde examinaremos, mais detidamente, a doutrina crítica destinada à construção teórica de Celso Antônio Bandeira de Mello.

condiciona a adotar uma categoria jurídica em detrimento da outra. Em termos lógicos, tal equívoco equivale às mesmas patologias nas quais incorrem os aplicadores do direito ao adotar a supremacia do interesse público como regra apriorística de preferência, mediante invocação de uma etérea e abstrata superioridade dos interesses públicos – algo que, de resto, é rechaçado pela própria doutrina crítica, como se verá adiante. Diz-se similar essas posturas porque, embora cheguem a conclusões diversas - ora preferindo os interesses privados, ora dando primazia aos interesses públicos –, o fato é que se propõem a responder, a seus respectivos modos, o falso problema da incompatibilidade entre interesses públicos e interesses privados previstos no direito positivo, o que estaria a gerar a necessidade de se escolher um deles, com negativa integral do outro, algo que não fora cogitado na doutrina tradicional de Bandeira de Mello¹⁷⁹. Uma vez atentos à racionalidade segundo a qual aplicar o direito é, em última análise, fazer prevalecer o interesse público, não haveria espaço para construção de regras de preferência entre uns e outros. A única preferência que se cogita sustentar seria aquela que confere primazia à juridicidade em detrimento do que seja antijurídico. É o embate, portanto, entre o *direito* e o *não-direito*. Daí que, neste pormenor, sem ir ao extremo de que existem previsões constitucionais expressas a instituir o princípio da supremacia do interesse público, concordamos com Daniel Wunder Hachem quando arremata que “defender a supremacia do interesse público implica afirmar a supremacia dos direitos fundamentais sobre interesses particulares não protegidos pelo Direito positivo”.¹⁸⁰ Nesses moldes, configura um contrassenso sustentar que os direitos fundamentais revelam interesses privados, e não públicos.

¹⁷⁹ Esse falso antagonismo é também denunciado, paradoxalmente, por Daniel Sarmento, que nega a existência do princípio da supremacia do interesse público: “(...) antes de cogitar-se em ponderação, é necessário verificar se, de fato, existe na situação concreta um verdadeiro conflito entre interesse público e privado. E aqui é importante destacar que, com grande freqüência, a correta inteligência do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre este e os interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificarem como direitos fundamentais. Isto porque, embora os direitos fundamentais tenham valor intrínseco, independente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato incontestado que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral. As sociedades que primam pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados”. SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. _____ (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁸⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 220

Por todo o exposto, chegamos à conclusão de que o valor *bem comum* possui embrião de caráter ético-político, mas apresenta um correspondente jurídico – a supremacia do interesse público – porque assim fora determinado pela Constituição Federal de 1988. Essa imposição constitucional não advém de enunciado normativo específico, mas sim, de sua construção sistêmica¹⁸¹ e sob o suporte racional de que tanto a preservação do interesse público como do interesse privado pressupõem o respeito à juridicidade. Nesta ordem de ideias, não se confirma o reputado antagonismo entre tais categorias jurídicas. De mesma forma, não se deve adotar critério subjetivo para definição do que seja interesse público (e do que seja jurídico), pois que, independentemente de quem esteja a invocar a primazia do seu reputado direito (quer seja o indivíduo, quer seja o Estado), a definição do que seja interesse público constitui tarefa a ser desempenhada pelo legislador. O desafio desloca-se, portanto, do falso problema da incompatibilidade entre aquelas categorias jurídicas, passando a residir no plano da correta aplicação do direito posto.

2.4 – O caráter principiológico da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

O vocábulo *princípio* assume conotação que varia enormemente em função do

¹⁸¹ Vários são os exemplos contidos na Constituição Federal de 1988 que, abordados sistematicamente e vinculados à uma leitura democrática do Direito Administrativo tal como preconizada por Celso Antônio, podem legitimar as prerrogativas especiais conferidas ao Estado, algo que, ao fim e ao cabo, legitima o próprio princípio da supremacia do interesse público. Além do art. 3º, inciso IV, já mencionado anteriormente, por Daniel Wunder Hachem, tem-se ainda os seguintes exemplos formulados por este professor paranaense: (i) o Preâmbulo constitucional, que alçou a *harmonia social*, o *bem-estar* e a *justiça* à condição de valores supremos do Estado brasileiro; (ii) o art. 1º, II, que incluiu a *cidadania* entre os fundamentos da República, que deve ser compreendida numa perspectiva de integração do indivíduo à sociedade; (iii) o art. 1º, III, que juridicizou a *dignidade da pessoa humana*, cuja defesa e promoção requer a atuação do Estado contra interesses privados exacerbados, como nas relações trabalhistas ou consumeristas; (iv) o art. 3º, I, que prevê como objetivo fundamental da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”; (v) os arts. 170 e 193 que albergam os princípios do *bem-estar* e da *justiça sociais*, como fundamentos da ordem econômica e da ordem social; (vi) o art. 182, *caput*, que definiu como competência do Poder Público municipal “ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o *bem-estar de seus habitantes*”, pressupondo um espaço urbano equilibrado, com a harmonia entre os interesses privados conflitantes; (vii) o art. 5º, XXIII, que condiciona o exercício do direito de propriedade ao atendimento da sua função social; (viii) o art. 5º, XXIV que autoriza o Estado a promover a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, bem como o art. 184; (ix) o art. 5º, XXV, que permite a requisição de propriedade particular pela autoridade competente “no caso de iminente perigo público”; (x) o art. 5º, XXIX que associa a proteção da propriedade industrial ao *interesse social*; (xi) o art. 192, que determina que o sistema financeiro nacional deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir *aos interesses da coletividade*” (HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 222-223).

paradigma jusfilosófico a ser adotado (jusnaturalismo, juspositivismo ou pós-positivismo¹⁸²). Há uma pluralidade de sentidos possíveis, de modo que se faz inafastável a necessidade de estabelecer, de antemão, qual a perspectiva a ser adotada no presente estudo. Razões metodológicas impedem, é verdade, uma abordagem exauriente daqueles mencionados modelos. De toda sorte, nesta oportunidade, especificaremos, mesmo em balizas largas, qual é a *fase da teorização dos princípios* consentânea com a doutrina de Bandeira de Mello. Fixado esse paradigma jusfilosófico, iremos propor um acordo propedêutico, indicando o *conceito de princípio* que parece mais harmonizado com a construção teórica propugnada pelo professor da PUC/SP.¹⁸³

2.4.1 – A doutrina tradicional do princípio da supremacia do interesse público e as fases da teorização dos princípios: suporte jusnaturalista, juspositivista ou pós-positivista?

De antemão, esclarecemos que o raciocínio por nós empregado a fim de descrever a doutrina tradicional da supremacia do interesse público não deve ser testado à luz do jusnaturalismo que, em sua fase moderna (século XVI a meados do século XIX), encarava os princípios como postulados de justiça emanados do Direito Natural, portanto, despidos de eficácia jurídico-normativa.¹⁸⁴ Como ensina Norberto Bobbio, os jusnaturalistas modernos¹⁸⁵, a partir da distinção entre *Direito Natural* e *Direito Positivo*, situavam os princípios no plano do primeiro, que poderia ser conhecido através da razão, a qual, por sua vez, derivaria da natureza das coisas, ao passo em que o Direito Positivo seria conhecido mediante uma declaração de vontade do legislador. Os princípios seriam, pois, princípios de justiça, inscritos em

¹⁸² Confira, no final do tópico 2.4.1, alguns apontamentos críticos acerca desta distinção tripartite.

¹⁸³ Para conhecer as propostas de diferentes pensadores, cf.: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 169-187; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998. p. 105-246.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 232, Rio de Janeiro: Renovar, p. 141-176, abr./jun. 2003. p. 146.

¹⁸⁵ Segundo Bobbio, a mais célebre distinção entre direito natural e direito positivo no pensamento moderno é devida a Hugo Grócio (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 21). Com efeito, a tese elaborada por Hugo Grócio no ano de 1625 com a edição da obra *Do Direito da Guerra e da Paz* é considerada durante muitos anos como a obra fundamental do Direito Natural. Para uma incursão no pensamento jusnaturalista moderno a partir de Grócio e Pundendorf, cf.: HUPFFER, Haide Maria. *A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito*. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*. v.1. n. 2. Ago/2011. Disponível em <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/48-v-1-n2-agosto-de-2011/133-a-filosofia-do-jusnaturalismo-moderno-iluminista-como-paradigma-precursor-da-cientificidade-do-direito>. Acesso em 11 mai./05.

um Direito ideal, de validade universal e imutável, e não normas dedutíveis de um ordenamento jurídico específico, positivado pelo homem.¹⁸⁶

Como partiremos da premissa de que os princípios ostentam carga normativa, logo, não nos afigurará útil uma ordem de ideias que coloque os princípios numa esfera abstrata e metafísica, e que - a partir de sua natureza ético-valorativa - os aproxime de uma ideia meramente inspiradora dos postulados de justiça.¹⁸⁷ Embora não se negue o seu valor histórico¹⁸⁸, o fato é que o pensamento dos jusnaturalistas modernos mostra-se claramente deslocado daquelas construções que ora buscamos desenvolver, destinadas a identificar um método de aplicação do princípio da supremacia do interesse público em casos concretos. Nossa proposta é, sob certo ângulo, um convite para a discussão sobre a melhor forma de aplicação do direito positivo, pelo que resta inadequado um paradigma que sequer reconhece os princípios como normas jurídicas.

Passando-se à segunda fase da teorização dos princípios, caracterizada pela expansão doutrinária do *positivismo jurídico* (ocorrida desde o século XIX até a primeira metade do século XX), percebe-se que os princípios restaram situados dentro do próprio Direito Positivo, rompendo-se com aquela ideia jusnaturalista que afirmava ser necessário recorrer aos princípios do Direito Natural para equacionar as lacunas do ordenamento jurídico positivo. Paulo Bonavides, por exemplo, citando Floréz-Valdéz, explica a concepção positivista a partir da ideia-chave de que os princípios deveriam, segundo esta corrente, ser inferidos do Direito Positivo, de modo que “seu valor lhes vem não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis.”¹⁸⁹ Os juspositivistas operaram, assim, um distanciamento da diferenciação entre *Direito*

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*, op. cit. p. 22.

¹⁸⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998, p. 58.

¹⁸⁸ Esse valor histórico é reconhecido por Luís Roberto Barroso, para quem “a crença no direito natural, isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado teria sido um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais”. Nada obstante, Barroso observa que, “ao longo do Século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, ocorre a superação histórica do jusnaturalismo, passando a ser considerado metafísico e anticientífico e sendo empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final do Século XIX” (BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 17, n. 62, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246389>>. Acesso em: 11 maio 2017).

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 263.

Natural e Direito Positivo - por considerar como válido somente o sistema normativo positivado pelo legislador¹⁹⁰. Seja como for, o positivismo, embora já situasse os princípios dentro do Direito positivo, os considerava como fontes subsidiárias e desprovidos de carga cogente, aplicáveis tão somente nos casos em que faltasse uma norma aplicável à situação concreta. Para o *positivismo jurídico* os princípios permaneceram carecendo, pois, de normatividade, funcionando apenas como “válvulas de segurança” para assegurar a completude do ordenamento¹⁹¹. Não se pode afirmar, portanto, que o deslocamento dos princípios do bojo do Direito Natural para o plano do Direito Positivo tenha acarretado o reconhecimento de normatividade para aqueles. O juspositivismo, “ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais”, lhes acarretou “carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.¹⁹² Identificamos, assim, uma incongruência entre o tratamento conferido pelo positivismo jurídico aos princípios, relegando estes à condição de elementos informativos axiológicos, e a teoria de Bandeira de Mello quanto ao princípio da supremacia do interesse público, que o coloca como pedra de toque do regime jurídico-administrativo, reconhecendo-lhe plena normatividade.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, segundo Luís Roberto Barroso, abriram caminho para que ocorressem, na contemporaneidade, “um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”¹⁹³. Essa contemporânea configuração é identificada por Barroso como *pós-positivismo*. Atento ao processo de amadurecimento em que se encontram tais reflexões, mas já percebendo uma forte

¹⁹⁰ Segundo Bobbio, por conta “do positivismo jurídico, ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, e o direito natural não é direito”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26.

¹⁹¹ BONAVIDES, Paulo. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 262. É a concepção acolhida pelo Código de Processo Civil brasileiro (Lei Federal nº 5.869/73), que em seu art. 126 dispõe: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Se os princípios devem ser aplicados somente quando não houver normas, pressupõe-se que lhes falece normatividade. Intelecção similar se infere do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

¹⁹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, op. cit. p. 263.

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, op. cit.

valorização dos princípios como elemento normativo, o mencionado professor assim conceitua este que seria um novo paradigma jusfilosófico:

O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.¹⁹⁴

Barroso observa que o paradigma pós-positivista conduziu os princípios à centralidade do sistema, não sem antes lhes conceder o *status* de norma jurídica, “superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”. Para este professor, estamos a vivenciar “uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio”, algo que se tornou “um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas”.¹⁹⁵

A construção teórica de Bandeira de Mello acerca do princípio da supremacia do interesse público deve ser compreendida, por conseguinte, à luz desta fase contemporânea da teorização dos princípios (pós-positivismo). Primeiro porque a ideia de um princípio basilar, considerado como *pedra de toque* do regime jurídico-administrativo – tal como defende Celso Antônio -, não se coadunaria com uma teorização acerca dos *princípios* que os situassem numa esfera metafísica estranha ao Direito (jusnaturalismo), ou que os relegassem à condição de elementos secundários, de meros instrumentos auxiliares para preenchimento de lacunas do sistema jurídico (visão positivista). Mas principalmente porque o princípio da supremacia do interesse público, em Bandeira de Mello, constitui noção elementar que permite lançar a mesma luz sobre todas as categorias jurídicas que compõem o Direito Administrativo, aprisionando-lhes num linear sentido, unificador, o que denota uma valorização em grau de importância compatível com as proposições pós-positivistas. O paradigma pós-positivista, frise-se, nos empresta importante contribuição ao admitir que os princípios ostentam dois traços distintivos essenciais: (i) detêm conteúdo valorativo; e, principalmente, (ii) desfrutam de plena

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ibid.

normatividade. Neste contexto contemporâneo, os princípios adquirem centralidade nos ordenamentos¹⁹⁶, convertendo-se em “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.¹⁹⁷ Os valores essenciais compartilhados pela comunidade passam a ser albergados nas Constituições, explícita ou implicitamente, na forma de *princípios jurídicos*, destinados a informar todo o ordenamento, como objetivos que os Poderes Públicos devem perseguir.¹⁹⁸ Esse ideário, seja porque eleva os princípios ao status de normas jurídicas, ou seja porque se mostra vocacionado para a emancipação dos direitos fundamentais, acaba por pavimentar o caminho para o desenvolvimento da teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello que, a um só passo, e em sintonia ideológica com o pós-positivismo, conduz o princípio da supremacia do interesse público à centralidade do regime jurídico-administrativo e preserva os direitos fundamentais diante de eventual arbitrariedade cometida pelo Estado, raciocínio que se confirma, como visto, sempre sob a lógica de que observar o interesse público é aplicar corretamente o direito positivo.

Essa constatação de que a teoria de Bandeira de Mello encontra suporte no paradigma pós-positivista, parte da premissa, por óbvio, de que prevalece efetivamente a diferenciação entre as fases *positivista* e *pós-positivista*, na linha do que defendem, por exemplo, Daniel Sarmento¹⁹⁹, Luís Roberto Barroso²⁰⁰, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁰¹ e Mauro Cappelletti²⁰². Não negamos, todavia, que o vocábulo empregado para identificar essa fase contemporânea - pós-positivismo -

¹⁹⁶ LEGUINA VILLA, Jesús. *Principios generales del Derecho y Constitución*. Revista de Administración Pública, nº 114, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 7-37, sep./dic. 1987, p. 7 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 117.

¹⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. e. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 264.

¹⁹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 117.

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993. Acesso em: 14 out. 2016.

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003

²⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos jurídicos do Brasil contemporâneo. O pós-positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um constitucionalismo de transição. Revista Eletrônica sobre a Reforma de Estado, Salvador, nº 06, junho/julho/agosto 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 17 abril 2016.

²⁰² CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves apud ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*, ob. cit., p. 5.

pode ensejar questionamentos. Aliás, como consignamos acima, Luís Roberto Barroso chega a dizer que se trata de uma “designação provisória e genérica” que ainda se encontra em construção.

Deveras, sem qualquer devaneio lógico, é possível reconhecer como *positivista* qualquer teoria que esteja a afirmar que o direito é obtido a partir da norma²⁰³. Nessa ordem de ideias, se os princípios são normas, logo, quem os aplica como tal, é *positivista*, pelo que se revelaria desnecessário falar em pós-positivismo. Sob esse prisma, o pós-positivismo nada mais seria do que o próprio positivismo visto sob um olhar contemporâneo. Embora reconheçamos a razoabilidade deste raciocínio, preferimos, ainda assim, trilhar o caminho da diferenciação entre os mencionados paradigmas, porque suas dessemelhanças se explicam, em grande parte, pelo reconhecimento ou não do caráter normativo dos princípios. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte de um ambiente de reaproximação entre Direito e Ética que não encontrou guarida no campo do juspositivismo, presente até a primeira metade do século XX.

Esse elemento de diferenciação – focado no tratamento conferido pelo juspositivismo e pelo pós-positivismo aos princípios – se apresenta sobremaneira relevante para a presente pesquisa, pois evita o paradoxo de se defender que o princípio da supremacia do interesse público exige, de um lado, a correta aplicação do direito positivo (como defende Bandeira de Mello), mas, de outro lado, não carrega em si o caráter de normatividade, ou seja, não se qualifica como norma jurídica, revestindo-se da condição de elemento puramente axiológico (como defendia o positivismo com sua tese formalista, na linha do que expusemos acima).²⁰⁴

²⁰³ Sobre as diferentes “versões” do positivismo jurídico, confira-se BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 131- 238.

²⁰⁴ Não se ignora que também é possível questionar essa ideia de que o positivismo não confere qualquer espaço para o reconhecimento da normatividade dos princípios. Para Daniel Sarmento, aliás: “Existe uma freqüente associação entre o positivismo e o formalismo jurídico, e este último, de fato, não trabalhava com princípios e valores, mas apenas com regras. Contudo, parece procedente a crítica de Alfonso García Figueiroa, de que os não positivistas tendem a satanizar a visão positivista do Direito, ‘mediante La imputación al positivismo de una concepción muy estrecha del derecho, que no deja lugar a estándares abiertos como los principios’ (*Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1998, p. 81)”. Segundo Sarmento, “os autores positivistas mais importantes da atualidade, como Herbert Hart, Genaro Carrió, Joseph Raz, e, no Brasil, Celso Antonio

É relevante, neste contexto, portanto, deixar assente que a concepção de princípio adotada por Celso Antônio se acopla à ideia de um princípio plenamente dotado de normatividade, o que não se lograria fazer, sem alguma dubiedade, com a mera menção ao positivismo jurídico (que, numa roupagem formalista, refuta a carga normativa dos princípios). Sob esse mister, pensamos que a expressão *pós-positivismo* bem traduz a ideia de um positivismo contemporâneo em que os princípios se situam na centralidade do sistema. Para além disso, essa terminologia não resulta na negativa do valor que o positivismo jurídico empresta ao direito posto; antes, trafega na mesma linha de valorização das normas jurídico-positivas, apenas acrescentado a este gênero a espécie dos princípios jurídicos. E, embora a carga semântica ofertada pela expressão “pós-positivismo” possa induzir uma ideia de superação absoluta do positivismo jurídico - como se houvesse uma sucessão histórica compartimentada, em que o prefixo *pós* significaria a extinção absoluta da fase que lhe é antecedente -, na verdade, esse não é o substrato científico que vem sendo empregado pelos adeptos da expressão *pós-positivismo* que, ao reconhecerem o caráter normativo dos princípios acabam, de modo geral, por reafirmar o positivismo, sob o ângulo de que o direito é obtido a partir da norma.²⁰⁵

Bandeira de Mello, não abraçam as teses do formalismo jurídico. Se considerarmos, na linha de Robert Alexy, que a distinção capital entre teorias positivistas e não positivistas do Direito está na relação entre direito e moral – separação para os positivistas e vinculação para os não positivistas (“El problema del positivismo jurídico”. In: *El Concepto y la Validez Del Derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: GEDISA, 1994, pp. 13-19, pp. 13-14) - fica claro que o positivismo não formalista pode, sim, recorrer a princípios e valores, desde que estes não sejam externos a um dado ordenamento, mas possam ser dele extraídos.” SARMENTO, Daniel. O princípio da supremacia do interesse público na perspectiva da filosofia constitucional, op. cit. Aqui chamamos atenção para a afirmação de Daniel Sarmento no sentido de que Celso Antônio Bandeira de Mello estaria alinhado com a teoria positivista dos princípios. Com efeito, poder-se-á admitir tal afirmação desde que ressalvado que Bandeira de Mello, a par de positivista (em sentido amplo), admite a normatividade dos princípios e sua plena aplicabilidade. Feita essa advertência, a questão terminológica perde relevância, sendo mera opção metodológica mencionar que Celso Antônio está alinhado com um positivismo que não abraça a tese do formalismo jurídico ou que, simplesmente, este professor paulista se alinha com o pós-positivismo (como preferimos mencionar). Seja qual for a opção terminológica, o importante é denotar que o professor da PUC/SP reconhece o princípio da supremacia do interesse público como norma jurídica.

²⁰⁵ O pós-positivismo se assemelha, em linhas gerais, ao juspositivismo, quando defende a ideia de que o direito é extraído da norma. Mas essa observação não suprime a diferença entre tais paradigmas, pois subsiste a circunstância de que, no primeiro, os princípios são meros elementos axiológicos, ao passo em que, no segundo, constituem normas jurídicas com a imperatividade que delas se espera. De se ver que também há um certo ponto de contato entre o pós-positivismo e o jusnaturalismo, na medida em que os pós-positivistas, ao restabelecerem uma conexão entre a Ética e o Direito, operam uma “abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo”. Não há, portanto, uma segregação absoluta entre as fases da teorização dos princípios, o que não inutiliza a diferenciação usualmente adotada pela doutrina

2.4.2. Princípio como mandamento nuclear de um sistema: um acordo propedêutico que permite identificar a coerência interna da doutrina tradicional do princípio da supremacia do interesse público.

Como adverte Daniel Wunder Hachem, mesmo no cenário contemporâneo do chamado *pós-positivismo*, por mais que haja um acordo em relação ao “caráter normativo dos princípios e ao fato de estes se distinguirem das regras, os critérios para caracterizar cada uma dessas duas espécies de norma nem sempre são os mesmos”.²⁰⁶⁻²⁰⁷ Diante disso, para evitar o prenunciado risco de sincretismo metodológico²⁰⁸, preservaremos as premissas fixadas por Celso Antônio para explicar sua própria teoria. Ou seja, neste tópico, o corte metodológico que aqui faremos não expressará opinião pessoal deste pesquisador quanto ao acerto ou desacerto de uma ou de outra teoria dos princípios. Quanto ao particular, nos limitaremos apenas a manter a opção que parece haver sido efetuada por Bandeira de Mello, o que nos permitirá aferir a coerência interna de sua formulação teórica.

Firmes neste propósito, constatamos que a *concepção de princípio* subjacente à teoria da supremacia do interesse público aventada pelo jurista da PUC/SP é aquela denominada “concepção tradicional”²⁰⁹, que busca diferenciar os princípios das regras, a partir do critério do “grau de fundamentalidade”. Segundo esse modelo, os princípios são considerados como as normas mais fundamentais de um sistema, que configuram seu embasamento, ao passo que as regras, consubstanciando concretizações dos primeiros, teriam uma natureza mais instrumental.²¹⁰ Uma das formulações mais difundidas dessa ideia é aquela tecida justamente por Celso Antônio Bandeira de Mello em 1971, a qual, por conta de sua

²⁰⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 118.

²⁰⁷ Exemplo disso é a infinidade de critérios sugeridos para estabelecer a diferenciação entre princípios e regras, tais como: (i) conteúdo; (ii) origem e validade; (iii) compromisso histórico; (iv) função no ordenamento; (v) estrutura linguística; (vi) esforço interpretativo exigido; (vii) forma de aplicação. Nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-51.

²⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

²⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Disponível em http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf, acesso em 02 de maio de 2017; Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. f. 11.

²¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Considerações em torno dos princípios hermenêuticos*. Revista de Direito Público, nº 21, São Paulo: RT, p. 141-147, jul./set. 1972. p. 141.

relevância para a formação dessa concepção, exige transcrição literal:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. [...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²¹¹

Veja-se que, na definição do autor, “princípio” é conceituado como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental”. Deduz-se daí que para o jurista o elevado *grau de fundamentalidade* é nota característica dessa espécie normativa, porquanto ofender “um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”.^{212_213}

Em suma, essa concepção funda a separação entre princípios e regras no *grau de fundamentalidade* da norma, que, segundo Hachem, seria mais elevado nos primeiros, “por albergarem valores essenciais da sociedade e constituírem as vigas mestras do sistema jurídico, conferindo-lhe organicidade e sentido lógico”, e mais reduzido nas segundas, “que possuiriam um caráter funcional e retratariam densificações dos princípios, os quais condicionariam a sua interpretação e aplicação”.²¹⁴ Aqui, “os princípios são conceituados como *mandamento nuclear de um sistema*, em virtude de sua relevância axiológica, que lhe outorga a condição de núcleo central da ordem jurídica”.²¹⁵

Sob essa perspectiva, a supremacia do interesse público poderá ser alçada à

²¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Criação de Secretarias Municipais*. Revista de Direito Público, nº 15, São Paulo: RT, p. 284-288, jan./mar. 1971. p. 284.

²¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 959.

²¹³ No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 91. ATALIBA, Geraldo. Mudança da Constituição. *Revista de Direito Público*, nº 86, São Paulo: RT, p. 181-186, abr./jun. 1988. p. 181. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985. p. 4-5. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 146-148. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública... Op. Cit.*, p. 23-25. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 676.

²¹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 123.

²¹⁵ Ibid. f. 123.

condição de *princípio*, porque, ao constituir um dos pilares do regime jurídico-administrativo – ao lado da indisponibilidade do interesse público -, passa a informar todo o Direito Administrativo. Constituirá, pois, uma reserva de racionalidade à qual deverão socorrer os intérpretes sempre que estiverem diante da dificuldade de se concretizar as normas do direito administrativo diante da espécie fática. Como assevera Hachem, o princípio da supremacia dos interesses públicos é, assim, responsável por elucidar a lógica do ordenamento jurídico-administrativo, “aglutinando em seu entorno os demais elementos que compõem o sistema, imprimindo-lhes organicidade e sentido harmônico”.²¹⁶ Especificamente para melhor compreensão da teoria de Celso Antônio, é neste sentido de mandamento nuclear do sistema normativo-administrativo que a expressão *princípio* deve ser admitida.

2.5 – Extrato do embasamento teórico, da estrutura normativa e do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público.

Frente a todo o exposto, traçamos abaixo um extrato dos elementos que fazem parte do embasamento teórico, da estrutura normativa e do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público, o que faremos sob a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, mas com as contribuições do Professor Daniel Wunder Hachem²¹⁷, que – sem prejuízo para a sua essência – foram sutilmente adaptadas à narrativa que aqui empregamos:

(a) *base ideológica*: o princípio encontra-se mais ideologicamente afinado à concepção própria da Escola de serviço público francesa, que acentua o caráter servicial do Estado aos interesses gerais da coletividade, do que à Escola da *puissance publique*, uma vez que a ênfase não é atribuída aos *poderes* da Administração, mas sim aos *deveres* que lhe incumbem;²¹⁸

(b) *fundamento normativo*: fundamenta-se na própria ideia de Estado,

²¹⁶ Ibid. f. 129.

²¹⁷ Ibid. f. 43-45.

²¹⁸ Repise-se que não se está afirmando que Celso Antônio Bandeira de Mello compartilha da posição segundo a qual o Direito Administrativo deve ser explicado mediante a noção-chave de serviço público. A assertiva é feita no sentido de que a ideologia subjacente ao princípio em comento aproxima-se mais da Escola do serviço público do que da Escola da *puissance publique*, em razão da tônica conferida às ideias de *dever estatal* e de satisfação dos interesses gerais da coletividade.

encontrando-se implícito na Constituição;²¹⁹

(c) *estrutura jurídica*: determina a prevalência do interesse público, da coletividade, sobre o interesse privado, nos casos em que ambos colidirem.²²⁰ O interesse público que goza de supremacia sobre o privado é o *interesse primário*, referente ao conjunto de interesses que os indivíduos possuem quando considerados como membros da sociedade, aí incluídos os direitos subjetivos individuais, porque tutelados pelo ordenamento jurídico, devendo prevalecer, portanto, sobre: (i) os *interesses secundários* da pessoa jurídica estatal, quando não coincidentes com o da coletividade; (ii) os interesses pessoais do agente público; (iii) os interesses exclusivamente privados dos indivíduos, singularmente considerados;²²¹

(d) *conteúdo jurídico*: é determinado pelo sistema normativo, que qualifica determinados interesses como públicos através da Constituição, das leis e dos atos normativos com ela consonantes;

(e) *consequências jurídicas*: (i) *posição privilegiada* ostentada pela Administração Pública, através da concessão de benefícios pelo Direito positivo, como instrumento para possibilitar um adequado desempenho na satisfação dos interesses da coletividade; (ii) *posição de supremacia* dos entes públicos em relação aos particulares, autorizando a imposição unilateral de comportamentos e a alteração de relações jurídicas já estabelecidas;

(f) *limites e condições de aplicação*: o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio: (i) deve situar-se sempre nos termos e nos limites da legalidade, respeitando a lei em sentido formal;²²² (ii) restringe-se às limitações e temperamentos traçados pelo sistema normativo²²³; (iii) deve ser compreendido de forma equilibrada e em consonância com o *princípio da indisponibilidade dos*

²¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 52.

²²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo..., *Op. Cit.*, p. 47.

²²¹ 127 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, op. cit.. p. 24.

²²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 48.

²²³ *Ibid.*, loc. cit..

*interesses públicos*²²⁴, que impõe sujeições especiais à Administração; (iv) por possuir caráter instrumental em relação aos deveres da Administração, só pode ser manejado para cumprir a finalidade que é imposta pelo sistema normativo (*dever-poder*)²²⁵; (v) não pode ser invocado abstratamente, mas tão-somente de acordo com a extensão definida pelo ordenamento jurídico, jamais podendo ser empregado para contrariar a Constituição e as leis²²⁶; (vi) não pode ser aplicado de forma excessiva, mas apenas na medida necessária para a consecução da finalidade estampada na norma jurídica.²²⁷

(g) *formas de correção do seu exercício abusivo*: o desrespeito a qualquer dos limites e condições acima estabelecidos inquina de nulidade o ato praticado com fundamento no princípio em questão, rendendo ensejo ao controle jurisdicional do comportamento administrativo.²²⁸

Exposta, nesses termos, a origem e a evolução da teoria sustentada pela doutrina tradicional, importa investigar a doutrina crítica que lhe tem sido contraposta.

²²⁴ Ibid., loc. cit.

²²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 23.

²²⁶ Ibid., p. 52.

²²⁷ Ibid., p. 55.

²²⁸ Ibid., p. 51.

CAPÍTULO 3 – AS CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Essa *doutrina tradicional* vinculada à ideia de que o Direito Administrativo consiste numa disciplina normativa peculiar, delineada fundamentalmente em dois caracteres que lhe imprimem este caráter de especialidade, quais sejam, os princípios da *supremacia* e da *indisponibilidade* do interesse público²²⁹, tem sido largamente aceita na doutrina nacional. Como já registramos, Cláudio Penedo Madureira chega a afirmar que essa formulação teórica de Bandeira de Mello foi “historicamente assimilada sem maiores questionamentos pelos nossos administrativistas”.²³⁰

É verdade que aquela que foi, muito provavelmente, a primeira menção realizada pela doutrina após o ensaio de Bandeira de Mello de 1967, ocorrida no artigo “Princípios informativos do Direito Administrativo”, de José Cretella Júnior, publicado um ano depois na Revista de Direito Administrativo, parece revelar contrariedade às ideias propugnadas por Bandeira de Mello. Isso porque Cretella Júnior, conquanto afirme que a primeira proposição que surge na mente dos administrativistas é a de que “o interesse público prepondera sobre o interesse privado”, considera que essa circunstância não seria setorial e própria do Direito Administrativo, mas sim, de todo o Direito, de modo que essa categoria – supremacia do interesse público - não imprimiria, na sua visão, autonomia científica ao Direito Administrativo.²³¹

Afora isso, percebe-se um intenso movimento de aproximação com as formulações de Celso Antônio.

Em seu “Direito Administrativo”, publicado em 1990, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz consignar entre os princípios da Administração Pública o da “supremacia do interesse público”. Identifica-o com o “princípio da finalidade pública”, que deveria orientar não apenas o administrador público no momento da aplicação da lei, mas

²²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

²³⁰ MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²³¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 93, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-10, out./dez. 1968.

também o legislador no processo de sua elaboração.²³² Di Pietro, aliás, em tese apresentada à Universidade de São Paulo por ocasião do concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo, amplia as considerações tecidas sobre o assunto nesse seu trabalho anterior.²³³

Na obra “Direito Administrativo”, Diógenes Gasparini não menciona a supremacia do interesse público em sua primeira edição, de 1989²³⁴, porém, o princípio é trazido à baila na segunda edição, publicada em 1992. O autor faz brevíssimos comentários em relação ao seu conteúdo jurídico, pontuando que na colisão entre os interesses público e particular, deverá prevalecer o primeiro.²³⁵

Em 1994, Lúcia Valle Figueiredo lança o seu “Curso de Direito Administrativo”. Entre os princípios que presidem o regime jurídico-administrativo, a autora também faz constar a existência da “supremacia do interesse público”. Após dedicar alguns parágrafos para explicar que os termos jurídicos indeterminados, tal como “interesse público”, possuem um conteúdo mínimo que deve ser extraído do próprio sistema, aduz que “se é o interesse público que está em jogo – portanto, de toda a coletividade –, é lógico deva ele prevalecer sobre o privado”²³⁶.

No mesmo ano é publicado o “Curso de Direito Administrativo”, de Celso Ribeiro Bastos. Incluindo no elenco de princípios de Direito Administrativo o “princípio da supremacia do interesse público”, o autor afirma que em razão dele o ordenamento jurídico fornece ao Poder Público uma série de instrumentos jurídicos para a consecução de suas finalidades, que não são concedidos aos particulares²³⁷.

No ano 2005, Romeu Felipe Bacellar Filho faz publicar a obra “Direito Administrativo”, e, acompanhando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, indica que as bases do regime jurídico-administrativo descansam sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade

²³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 59-61.

²³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 153-170.

²³⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

²³⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 14-15.

²³⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 33-34.

²³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29-30.

dos interesses públicos²³⁸.

Como bem observa Daniel Wunder Hachem, grande parte dos mais consultados Cursos e Manuais de Direito Administrativo brasileiro passou a incorporar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no rol de princípios constitucionais da Administração Pública. Não foi por outro motivo que a jurisprudência, igualmente, começou a empregá-lo como fundamento para as decisões judiciais envolvendo o Poder Público.²³⁹

Deveras, ao longo dos últimos anos, a ideia de uma preponderância dos interesses públicos assumiu posição central no desenho de um regime jurídico especificamente edificado para regular as relações entre Estado e administrados, de modo que a negativa da existência do princípio a ela relacionado corresponderia à rejeição da própria existência do regime jurídico-administrativo tal como formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello.

A aceitação do princípio em epígrafe, porém, já não mais subsiste sem alguma tensão doutrinária, estabelecida a partir das críticas recentemente dirigidas àquela concepção. Houve insurgência, entre nós, contra a teoria de Bandeira de Mello, sob o argumento central de que sua incidência era atentatória aos postulados do Estado Democrático de Direito e à proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Preocupados com desvirtuamentos da ação do Poder Público, que poderiam ser empreendidos com fulcro em um abstrato e etéreo interesse público, alguns juristas se manifestaram contrariamente à sua utilização, por vezes questionando as delimitações do seu conteúdo e, por outras, rejeitando absolutamente o seu caráter de princípio jurídico e o seu amparo no ordenamento constitucional brasileiro.

Essa postura crítica ganhou respaldo dentre alguns autores nacionais, redundando num movimento que afirmava estar “desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público”. Nesse contexto, destacaram-se os

²³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

²³⁹ Para uma descrição minuciosa desses registros doutrinários sobre a evolução da teoria da supremacia do interesse público, cf: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 45 ss.

posicionamentos de Humberto Ávila²⁴⁰, Alexandre Santos de Aragão²⁴¹, Daniel Sarmiento²⁴², Gustavo Binenbojm²⁴³ e Paulo Ricardo Schier²⁴⁴, que restam consolidados na obra coletiva “Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público”²⁴⁵.

Como já consignamos nas linhas introdutórias deste trabalho, temos a convicção de que não constitui intenção de uma e outra corrente doutrinária, defender a ideia de um Direito Administrativo vocacionado para totalitarismo e arbitrariedade. Por isso, adiante, procuraremos harmonizar essas linhas aparentemente divergentes, sobremaneira porque a dissidência parece residir, repita-se, mais no caminho adotado do que no destino almejado pelos autores. Seja qual for o percurso racional, estamos convencidos de que tais juristas pretendem explicar o Direito Administrativo por intermédio de um viés democrático e garantidor das liberdades individuais. Essa inspiração democrática - comum a ambos os polos – constitui elo hábil a costurar uma releitura da doutrina tradicional, desta feita, enriquecida pelos influxos da doutrina crítica.

Ainda que estas formulações críticas sejam insuficientes para refutar a força normativa do princípio da supremacia do interesse público - na linha do que iremos expor adiante -, é inegável a contribuição de tais articulistas ao sublinhar as dificuldades inerentes à operacionalização prática desse princípio.

²⁴⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 171-215.

²⁴¹ ARAGÃO, Alexandre Santos do. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-22.

²⁴² SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23-116.

²⁴³ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 117-169.

²⁴⁴ SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 217-246.

²⁴⁵ SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Num esforço de síntese, é possível trazer à baila os principais argumentos expendidos pela doutrina crítica sob a finalidade de desconstruir a teoria tradicional. Nesse universo argumentativo, iniciaremos pela abordagem da tese que pretende identificar esse princípio com uma reputada regra de preferência sempre posta em favor do Poder Público.

3.1 – A crítica nuclear de que a supremacia do interesse público encerra mera regra de preferência.

Existe uma questão nuclear mais potencialmente apta a traduzir toda a celeuma estabelecida entre as duas vertentes aqui estudadas. Trata-se da formulação teórica manejada pela doutrina crítica que busca caracterizar o princípio da supremacia do interesse público como *regra de preferência*. No ponto, os críticos partem da compreensão de que a supremacia do interesse público estaria a permitir que os intérpretes manejassem as regras administrativas para, de antemão, subjugar os interesses privados, conferindo aos interesses públicos um valor dogmático inafastável, capaz de suprimir qualquer espaço para a ponderação, para a concordância prática entre os interesses em conflito.

Com efeito, essa ideia de que a supremacia do interesse público não se manifesta como princípio, mas sim, como mera regra de preferência, constitui o núcleo hábil a aglutinar os juristas que compõem a doutrina crítica nesse propósito de desconstruir a formulação teórica expressa pela doutrina tradicional. Guardadas algumas outras críticas periféricas, percebe-se que a ideia da regra de preferência se encontra sempre presente, de forma explícita ou não, nos autores que buscam negar o caráter de princípio à supremacia do interesse público, senão vejamos.

As críticas tecidas por Humberto Ávila em tal sentido, contidas no artigo “Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado”²⁴⁶, iniciam-se a partir da constatação de que Celso Antônio, em seu Curso

²⁴⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, op. cit.

de Direito Administrativo²⁴⁷, ao conceituar o princípio em epígrafe o qualifica, pontualmente, como “verdadeiro axioma”. Ávila, então, passa a cotejar a formulação teórica de Bandeira de Mello com um conceito de *axioma* que, segundo este professor gaúcho, denotaria uma proposição cujo enunciado é aceito por todos, não sendo possível, nem necessário, prová-la. Em suas próprias palavras “são os axiomas aplicáveis exclusivamente por meio da lógica, e deduzidos sem a intervenção de pontos de vista materiais”.²⁴⁸ Diante disso, infere Ávila que “o princípio da supremacia do interesse público é como um axioma justamente porque seria auto-demonstrável ou óbvio”.²⁴⁹ Fiel a esta premissa quanto ao que deva ser considerado como *axioma*, Humberto Ávila, então, passa a refutar o princípio da supremacia do interesse público, na medida em que, revestindo-se da qualidade de *axioma*, estaria se consubstanciando em direcionamento *a priori* da interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que seria incompatível com a técnica da ponderação que procura preservar e proteger, ao máximo, os bens em conflito, sempre com atenção às peculiaridades do caso concreto e sem adoção de regras de preferência favoráveis a uma das partes.²⁵⁰

Essa mesma linha crítica é seguida por Alexandre Santos de Aragão ao apontar a preocupação de que “as lides envolvendo o Estado e particulares, muitas vezes, ainda se veem turvadas por uma genérica e mítica invocação do ‘interesse público’”²⁵¹. Segundo Aragão, ao entrar em ponderação com quaisquer outros valores envolvidos, esses interesses públicos invocados de maneira etérea, “sempre prevaleceriam, ainda que a Constituição ou a lei já contivessem regra específica pré-disciplinando e pré-ponderando a questão, o que é inadmissível”²⁵². Como contraponto, este professor da UERJ sugere que o intérprete, ao se deparar com “situações para as quais não exista norma abstrata pré-ponderando os interesses envolvidos”, não pressuponha “uma necessária supremacia de alguns interesses

²⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit.

²⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, op. cit. p. 5.

²⁴⁹ Ibid., p. 6.

²⁵⁰ Ibid, loc. cit.

²⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

²⁵² Ibid., loc. cit..

sobre outros”, cumprindo-lhe “realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar, ora em favor de interesses públicos, ora em favor de interesses privados”.²⁵³ Como se vê, também aqui se constata uma crítica quanto à suposta utilização de um parâmetro dogmático de interpretação que se mostraria insensível às peculiaridades faticamente vivenciadas. A mesma percepção é extraída por Cláudio Penedo Madureira, para quem Aragão estaria reproduzindo, em sua crítica, a formulação teórica quanto a apresentar-se a supremacia do interesse público não como um princípio, mas como uma regra de preferência.²⁵⁴

Daniel Sarmiento, sob a ótica da teoria e da filosofia constitucional, mas seguindo a mesma linha de que os interesses devem sofrer ponderação frente ao caso concreto²⁵⁵, considera que o princípio sob estudo estaria a enunciar “a superioridade *a priori* de um dos bens em jogo sobre o outro”, eliminando, assim, “qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido”, e isso “independentemente das nuances do caso concreto”, com “o sacrifício do interesse privado contraposto”.²⁵⁶ Sarmiento chega a defender a necessidade de inversão desta suposta regra de preferência, afirmando que os conflitos entre direitos fundamentais (individuais) e interesses públicos de estatura constitucional, se resolvem pela precedência *prima facie* dos primeiros. Esta precedência implicaria na atribuição de um peso inicial superior aos “interesses privados no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepujá-los”.²⁵⁷

Gustavo Binenbojm, por sua vez, conquanto não questione a existência de um

²⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 5.

²⁵⁴ Madureira. *Advocacia*. P. 65.

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85-100 *passim*.

²⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 100.

²⁵⁷ *Ibid.*, loc. cit.

conceito de interesse público²⁵⁸, aponta aquele que seria o problema teórico nodal presente na teoria de Bandeira de Mello. Segundo Binjenbojm, esse Professor da PUC/SP teria partido de uma concepção unitária de interesse público, para afirmar, paradoxalmente, em seguida, um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual). Neste contexto, indaga Binjenbojm: “que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro?” Para este jurista fluminense, portanto, não há sentido lógico em determinar que um determinado interesse mereça proteção *prima facie* em face de outro, quando há entre eles uma relação de coincidência, quando ambos são apenas manifestações distintas de uma mesma espécie. Binjenbojm, por fim, também adota a ideia de que o princípio sob estudo determina “a preferência absoluta entre interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto”, e que por isso “termina por suprimir os espaços para ponderações”.²⁵⁹

As considerações tecidas por Paulo Ricardo Schier seguem a mesma linha argumentativa de que existem pré-ponderações feitas pelo ordenamento jurídico-positivo, na Constituição e nas leis, de modo que os aplicadores do direito não podem invocar “um critério universal, válido para todas as situações de colisão, de preferência ou supremacia do interesse público sobre o privado”.²⁶⁰

O fato é que, seja qual for o caminho adotado pelos mencionados juristas, há uma identidade não apenas em relação ao ponto de partida – qual seja, a premissa de que a supremacia do interesse público constitui equivocada regra de preferência – mas também em relação ao ponto de chegada, ou seja, ao desdobramento que daquela premissa poderá advir, sempre orbitando em torno da ideia de que “a práxis

²⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 149.

²⁵⁹ Ibid, p. 140.

²⁶⁰ SCHIER, Paulo Ricardo, Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 236. No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27. JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 79.

administrativo-constitucional tem erigido o princípio sob estudo a uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais²⁶¹, capaz de blindar decisões autoritárias, tomadas sob o manto das *razões de Estado*.²⁶²

Preferimos, todavia, nos alinhar às conclusões de Cláudio Penedo Madureira que afirma que esta tentativa de superação do princípio da supremacia do interesse público foi feita à desconsideração das premissas teóricas de Bandeira de Mello.²⁶³ Para Madureira, os adeptos da doutrina crítica incorrem no equívoco de impugnar o princípio da supremacia do interesse público sem, antes, esclarecerem em qual sentido deve ser concebida a própria expressão *interesse público*. Para o mencionado professor capixaba, a omissão da doutrina crítica quanto à definição do conceito de interesse público tem por consequência a vinculação à noção jurídica emprestada ao termo pela doutrina criticada²⁶⁴⁻²⁶⁵. Deveras, a doutrina crítica, ao se omitir quanto à formulação de uma nova definição do conceito de interesse público, “faz com que as suas considerações sobre o tema se tornem irremediavelmente amalgamadas à noção de interesse público manifestada por Celso Antônio Bandeira

²⁶¹ SCHIER, Paulo Ricardo, Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. p. 229.

²⁶² Alice Gonzalez Borges, ainda que não refute a existência do princípio aqui estudado, também considera que o conceito de interesse público “sempre tem sido invocado, através dos tempos, a torto e a direito, para acobertar as ‘razões de Estado’, quando não interesses menos nobres e, até, inconfessáveis” (BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse Público*, nº 37, Porto Alegre: Notadez, p. 29-48, maio/jun., 2006. p. 30).

²⁶³ O próprio jurista da PUC/SP é mais contundente em sua contracritica, ao afirmar que “só mesmo não tendo a menor noção do que significa ‘interesse público’ é que se poderia sustentar uma errônea de tal calibre”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 184). Também de forma incisiva, Daniel Wunder Hachem: Logicamente inexiste uma suposta “cláusula geral de restrição de direitos fundamentais”, abstratamente considerada, decorrente do princípio da supremacia do interesse público, que seria capaz de autorizar toda e qualquer limitação a tais direitos. A preocupação dos autores citados não faz sentido, eis que eles sequer apontam quais seriam os juristas que estariam a sustentar expressamente ideias dessa natureza. Trata-se de uma distorção e de um exagero em relação ao conteúdo jurídico do princípio da supremacia do interesse público, que não encontra guarida na doutrina que defende a existência desse princípio” (HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 332).

²⁶⁴ MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Advocacia pública*, op. cit. p. 78 ss.

²⁶⁵ Assim relata Madureira: “Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier informam textualmente que seus estudos não se dedicam à definição do conceito de interesse público. Daniel Sarmento confere pouca relevância a essa definição de conceito; Gustavo Binenbojm propõe a substituição de uma noção do interesse público fundada no ‘inteiro arbítrio do administrador’ (que em momento algum foi aventada pela doutrina tradicional) pela ‘ponderação entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados’ (que não é incompatível com a noção empregada majoritariamente pelos administrativistas brasileiros, em especial pela doutrina e Bandeira de Mello); e Alexandre Santos do Aragão refere-se de passagem à heterogeneidade do interesse público, compreensão teórica que vai de encontro à vinculação do interesse público à juridicidade, e que por isso confere menor proteção aos direitos subjetivos individuais” (MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Advocacia pública*, op. cit. p. 78-79).

de Mello”.²⁶⁶

Se as premissas teóricas adotadas por Celso Antônio – notadamente aquela que considera como interesse público o interesse em dar respostas aderentes à juridicidade – não são impugnadas ou reformuladas pelos cultores da doutrina crítica, logo, por imperativo lógico, não há espaço para a afirmação de que o professor da PUC/SP estaria propugnando por uma regra de preferência favorável à administração. Essa imputação destinada à doutrina tradicional não se confirma, seja porque não reflete o ideal democrático subjacente à teoria de Bandeira de Mello (como já apontado), ou seja porque exigiria, para sua confirmação, o raciocínio de que a supremacia do interesse público (leia-se, a supremacia do direito sobre o não-direito) se alcança a partir de fórmulas axiomáticas fechadas ao debate, o que sequer fora cogitado por este administrativista. Reitere-se que Celso Antônio é absolutamente claro em considerar equivocada a compreensão de um interesse público com *status* de algo que existe por si mesmo, “como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”²⁶⁷, e que pudesse assim se revestir da condição de regra de preferência.

Por isso, mantidas as premissas da doutrina tradicional quanto ao que seja *interesse público*, parece equivocada a crítica de Gustavo Binenbojm quando diz que não há sentido na norma de prevalência se interesse privado e interesse público são dimensões de um mesmo interesse. Com efeito, em Bandeira de Mello, o interesse público “não é senão uma dimensão dos interesses individuais”, representando ‘*função*’ *qualificada dos interesses das partes*’.²⁶⁸ Quanto ao ponto, todavia, recobramos as considerações tecidas no item 2.1, no qual restou assente que os interesses privados, segundo a teoria de Celso de Mello, são cindíveis em *interesse do particular singularmente considerado* e *interesse do particular enquanto partícipe da sociedade*. Preservada esta proposição, não há qualquer contrassenso em se advogar a ideia de que o interesse público poderá, em certos casos, prevalecer sobre os *interesses particulares singularmente considerados* (mantendo, em detrimento destes, uma posição de supremacia), ao passo em que poderá ser

²⁶⁶ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Advocacia pública, op. cit. p. 78.

²⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181.

²⁶⁸ Ibid., p. 182.

considerado plenamente satisfeito quando corresponder a um *interesse do particular enquanto partícipe da sociedade*, desde que, para tanto, o interesse reivindicado pelo indivíduo encontre fundamento de validade no direito positivo. O que se pretende afirmar é que o interesse público se traduz no interesse de aplicar corretamente o direito e, sob essa premissa, não há antagonismo necessário e insuperável entre interesse público e interesse privado. Será sempre imprescindível arguir, no caso concreto, a quem o direito positivo socorre: se ao particular ou à Administração. Essa equação não se resolverá por meio de razões *prima facie* de decidir, mas sim, após o exercício dialético que, em geral, se desdobra no bojo do processo judicial, consoante defenderemos no Capítulo 4. Por ora, é importante deixar muito claro que o interesse público não pode ser entendido, tecnicamente, como mero interesse da Administração (pessoa jurídica de direito público), qualificando-se, em rigor, como o interesse de dar resposta compatível com o sistema jurídico-positivo. Por isso, também por esse prisma é a falsa afirmativa de que estejamos diante de uma regra de preferência, porque o interesse público poderá, a depender da espécie, ser coincidente com o interesse da administração ou do administrado. No ponto, aliás, revela notar o pensamento de Daniel Sarmento que, mesmo compartilhando das ideias centrais desenvolvidas pela doutrina crítica, defende que em “um Estado que tem como tarefa mais fundamental (...) a proteção e promoção dos direitos fundamentais, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público.”²⁶⁹

A transcrição dos excertos acima, em acréscimo àqueles registrados no item 2.1, se justifica para demonstrar que, se bem compreendida a noção de interesse público subjacente ao princípio em debate, inexistente qualquer vínculo entre a sua fundamentação e o alegado perigo de legitimação de práticas arbitrárias. O princípio não pressupõe o aniquilamento ou a desconsideração dos interesses dos indivíduos.²⁷⁰ Antes, ele afasta a prevalência de interesses exclusivamente

²⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, op. cit. p. 44.

²⁷⁰ Gustavo Binenbojm, ainda que refute o princípio, reconhece expressamente que na formulação de Celso Antônio Bandeira de Mello os interesses individuais compõem o interesse público, que não constitui algo totalmente desvinculado das pretensões dos indivíduos: “A noção de interesse público é apresentada, na obra de Celso Antônio, como uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos, e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social. Assim, na medida em que procura enfatizar a

egoísticos (puros e simples, sem tutela jurídica, ou ilícitos), que não encontram respaldo no conjunto de interesses dos demais indivíduos enquanto membros da sociedade.²⁷¹

Num exame perfunctório, e sob aqueles estritos contornos conceituais do que seja *axioma*, a crítica edificada por Humberto Ávila poderia, em tese, se confirmar, vez que a ideia de uma supremacia do interesse público axiomática, não sujeita ao debate, válida a partir de sua mera afirmação e dotada de autoevidência, não se coaduna com as balizas democráticas de nosso regime jurídico-administrativo. Ocorre, todavia, que essa ilação formulada por Ávila parte da extração do vocábulo *axioma* de maneira descontextualizada. Como registramos no item 2.1, são múltiplas as passagens em que Bandeira de Mello acentua o caráter democrático do Direito Administrativo e do princípio sob estudo, aduzindo, por exemplo, que “as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’”. Para o professor da PUC/SP, melhor seria designá-las como “deveres-poderes”, em ordem a sublinhar o “aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.²⁷² Daí nossa dedução de que Celso Antônio não empregara o vocábulo *axioma* sob a finalidade de afirmar que a supremacia do interesse público tem o condão de afastar o debate, de impedir o exercício dialético nos casos concretos – o que fulminaria, centralmente, toda a sua construção teórica que é marcadamente democrática. Em atenção a este sempre presente viés democrático, é possível inferir, diversamente, que sua intenção era de enfatizar que o conceito de supremacia do interesse público era tradicionalmente aceito na doutrina jurídica, no plano dogmático, sem fazer alusão, naquela pontual passagem, à forma como o interesse público deveria ser investigado nos casos concretos. Não por outro motivo que Celso Antônio, em suas próprias palavras, expressou: “trata-se de verdadeiro axioma *reconhecível no moderno Direito Público*”.²⁷³ Seja como for, o emprego do vocábulo *axioma*, conquanto possa ser

existência de um elemento de ligação entre ambos os interesses (público e privado), rejeita a dissociação completa dos conceitos”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 87.

²⁷¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 316.

²⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 52.

²⁷³ Ibid. p. 69 (grifo nosso).

criticado do ponto de vista da adequação terminológica, ao ser tomado no contexto da formulação teórica de Celso Antônio, jamais conduzirá à conclusão de que é dispensável o cotejo entre interesses públicos e interesses privados na espécie a ser examinada. Mesmo porque, se observar a supremacia do interesse público corresponde a aplicar o direito corretamente, logo, será indispensável conferir aos opositores a oportunidade de apresentar e debater suas razões, pois que o direito não se fará bem aplicado a partir de fórmulas axiomáticas que se blindam ao debate. Como se verá adiante, já não mais subsiste dentre nós a expectativa de que o método de subsunção clássica constitua, *de per si*, solução pronta e acabada para solucionar os conflitos. Sob tal cenário, aliás, nenhum texto jurídico-positivo está, no plano operativo das normas, a salvo de interpretações reconstrutivas. Nem mesmo a norma-princípio da supremacia do interesse público.

Convém enfrentar, ainda, a crítica de Paulo Ricardo Schier, para quem “a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público”.²⁷⁴ Embora considere inexistir hierarquia entre interesses públicos e interesses privados na Constituição, o autor inclina-se a admitir que se existisse alguma regra de preponderância, esta consistiria na prevalência dos interesses privados, chegando a indagar: “Em tais situações, por que então não se falar de um princípio geral da supremacia do interesse privado sobre o público?”²⁷⁵ Essa retórica indagação – que reflete preocupações semelhantes de Gustavo Binenbojm²⁷⁶ e Humberto Ávila²⁷⁷ - mais uma vez ignora o corte teórico proposto por Bandeira de Mello e que serve como suporte de racionalidade para toda a sua construção. Não há, para aquele Professor da PUC/SP, uma relação antagônica entre interesses públicos e interesses privados juridicamente protegidos, de modo que, onde consta um direito subjetivo do cidadão – evidentemente, previsto no direito positivo – estar-se-á diante de um interesse público, afinal, não constitui interesse do todo a rejeição ao direito da parte que o

²⁷⁴ SCHIER, Paulo Ricard, op. cit., p. 236.

²⁷⁵ Ibid, p. 235-236. Na nota de rodapé nº 50, na mesma página, o autor ressalta que a pergunta é meramente provocativa, admitindo que “sua defesa incorreria nos mesmos equívocos da tese da supremacia do interesse público sobre o privado”.

²⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, op. cit, p. 95.

²⁷⁷ ÁVILA, Humberto. Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, op. cit. p. 188.

compõe. Por isso, é falsa a enunciação de que “a organização da Constituição brasileira volta-se precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo” como se isso fosse um símbolo presuntivo da subjugação dos interesses públicos. Ao proteger a liberdade (incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, o constituinte não está a garantir tão somente o exercício de direitos e garantias fundamentais, na corrente acepção desses termos, mas igualmente - sob o ângulo do sistema jurídico do Direito Administrativo e na teoria concebida por Bandeira de Mello – está a preservar os interesses públicos, considerados aqui como expressão dos interesses individuais em sua dimensão pública, ou seja, dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes do corpo social. Nessa ordem de ideias, preservar o interesse individual juridicamente protegido não é afastar o interesse público. É, antes, homenageá-lo.

De toda sorte, não se nega que, em determinadas hipóteses fáticas, possa mesmo haver um conflito entre o interesse público e o interesse privado, estando ambos protegidos pelo ordenamento jurídico-positivo, circunstância que se colocará na qualidade de aparente antinomia a ser equacionada pelo intérprete (por exemplo, poder estatal expropriatório *versus* direito de propriedade). Mas, mesmo nesses casos, as restrições de direitos fundamentais baseadas em interesses da coletividade devem ser proporcionais e razoáveis, orientadas por parâmetros jurídicos, não sendo admitida toda e qualquer limitação a esses direitos. É a juridicidade, o sistema normativo, que dará os parâmetros de concordância prática e a resposta operativa ao intérprete. E, seja como for, nos casos em que um direito fundamental individual restar afastado em nome de um bem da coletividade protegido pelo sistema normativo e isso acarretar ao seu titular um prejuízo anormal e especial, a ele será garantida uma compensação jurídica.²⁷⁸

Torne-se a registrar que a desnaturação possivelmente ocorrida no mundo dos fatos, prenunciada pela doutrina crítica, por si só, não tem – ou não deveria ter – o condão de negar a normatividade do princípio sob estudo, sob pena de se ignorar que o Direito obedece à lógica deôntica (lógica do dever-ser) e que, portanto, a validade e a invalidade de suas normas não deveria ser aferida a partir do resultado

²⁷⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 321.

de sua aplicação fenomênica. No mesmo sentido adverte Emerson Gabardo, ao observar que o emprego do princípio da supremacia do interesse público “como argumento (ou álibi) de certos atos arbitrários não significa (...) a deturpação de sua essência ou sua força ética e normativa”²⁷⁹. O problema não é do princípio, mas de sua aplicação prática. Por isso, é necessário ter consciência acerca da função ideológica que exerce a noção de interesse público pode ser um instrumento a favor do jurista.²⁸⁰ Basta instrumentalizar essa função em benefício da própria ideologia democrática, pois “se os operadores jurídicos se empenham nisso, podem dar a esse conceito um conteúdo e uma funcionalidade inequivocamente democráticos como limitação do poder”.²⁸¹

Seja no plano científico ou no plano dos fatos, não há espaço, é verdade, para ingenuidades. Não se descarta da sempre presente possibilidade de que ocorram patologias no nível operativo das normas. Mas a resposta para correção de tais distúrbios não passa automaticamente pela desconstrução do suporte científico que deveria em tese – e na esfera abstrata – legitimar a prática do ato, mas pela busca de ferramentas presentes no próprio ordenamento jurídico para fazer face àquela distorção. Assim, sem a pretensão de que a construção teórica do princípio da supremacia do interesse público vá eliminar qualquer risco de sua aplicação deturpada pelo intérprete do direito, deve-se ter em perspectiva que a Administração, ao recorrer a essa norma, deverá motivar suas decisões e expor essa motivação ao controle jurisdicional, que poderá invalidá-las caso se constate um manejo equivocado. Afinal, “a simples invocação do interesse público como algo vago e esquivo não serve para nada: é como uma forma, dentro da qual nada existe. É uma aparência, quando em verdade deve ser uma realidade”.²⁸²

²⁷⁹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 303.

²⁸⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 349.

²⁸¹ NIETO, Alejandro. NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991. p. 2198. p. 2213.

²⁸² ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 245.

3.2 – A reputada carência de natureza principiológica.

Em compasso com a crítica de que se trata de uma mera regra de preferência, constata-se frequentemente a argumentação no sentido de que a supremacia do interesse público carece de natureza principiológica. Humberto Ávila, por exemplo, considera existir óbices conceituais e normativos que estariam a impedir o reconhecimento do caráter principiológico da supremacia do interesse público.

A título de óbice *conceitual*, Ávila argumenta que, do modo como a teoria geral do Direito modernamente analisa as normas-princípios, a supremacia do interesse público poderia ser admitida como mera regra de preferência, não se lhe reconhecendo, todavia, o *status* de princípio. Isso porque, segundo entende este jurista, a descrição abstrata do princípio defendido pela doutrina tradicional não permitiria uma concretização gradual. Diversamente, a prevalência do interesse público seria a única possibilidade ou grau (normal) de aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização seriam meras exceções²⁸³. Segundo compreende Ávila, a supremacia do interesse público se apresentaria, assim inapta para o exercício da ponderação, pois estaria a permitir apenas uma medida de concretização, “a referida *prevalência*, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas”²⁸⁴. Quanto ao ponto, recobramos as considerações tecidas no item anterior, reafirmando que a doutrina tradicional não está a defender uma regra de preferência autoevidente, imune às peculiaridades fáticas de cada caso, pelo que tal crítica revela um vício de premissa. Conquanto seja correto afirmar que, diante de um conflito entre administração e administrados, a doutrina tradicional admite apenas um resultado – a prevalência do interesse público – não é correto inferir, a partir daí, que o percurso a ser trilhado para se atingir tal resultado seja balizado por fórmulas axiomáticas e por ausência de debate que conduza a uma solução sempre em favor da administração. Pelo contrário, sendo a prevalência do interesse público um resultado a ser alcançado, e não uma razão autoevidente, será imprescindível que o intérprete/julgador esteja atento às possibilidades fáticas, exercendo, inclusive, ponderação, de modo a identificar, naquela espécie, a correta forma de

²⁸³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, op. cit., p. 10.

²⁸⁴ Ibid., loc. cit.

aplicação do direito.

Prosseguindo, como óbice *normativo*, Humberto Ávila aponta que o denominado princípio da supremacia do interesse público não pode ser extraído a partir de uma interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, em especial, de nossa Constituição Federal de 1988. Para chegar a tal conclusão, apresenta quatro argumentos centrais. Em apertada síntese, descreveremos a seguir essas críticas e formularemos a antítese que pode ser contraposta pela doutrina tradicional. Feito isso, passaremos então a reiterar, também em breves linhas, que o princípio sob estudo pode ser extraído, sim, da interpretação sistemática do texto constitucional.

Segundo Ávila, a Constituição Federal protege precipuamente os direitos individuais em face do Estado, pelo que, em havendo uma supremacia, esta deveria ser fixada em favor dos particulares²⁸⁵. Não há, todavia, na doutrina tradicional, uma relação antagônica entre interesse público e interesses individuais protegidos pelo direito positivo, de modo que, onde consta um direito subjetivo do indivíduo reconhecido como válido diante do sistema jurídico, estar-se-á diante de um interesse público²⁸⁶.

Prossegue o jurista gaúcho, aduzindo que o mencionado princípio ostenta acentuada carga de indeterminação, o que prejudicaria a segurança jurídica. Mas, conquanto deva se reconhecer a indeterminação da expressão “supremacia do interesse público”, esta elevada fluidez semântica encontra guarida na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, que é amplamente recepcionada pela dogmática jurídica. Seu conteúdo preliminarmente indeterminado, aliás, é determinável nas situações concretas, havendo técnicas jurídicas para tanto. Ademais, há uma série de outras normas jurídicas que se fundam em conceitos jurídicos indeterminados, de forma que a aceitação da crítica conduziria à refutação de uma série de princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana²⁸⁷.

²⁸⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, op. cit., p. 10.

²⁸⁶ A este propósito, conferir o item 2.1.

²⁸⁷ Nesse sentido, cf: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 265/266.

Assevera ainda, Humberto Ávila, que o interesse público é indissociável dos interesses privados, motivo pelo qual a afirmação de uma supremacia daquele sobre estes careceria de sentido lógico. Ocorre que essa alegada indissociabilidade absoluta entre interesses privados e interesse público não encontra supedâneo da doutrina de Bandeira de Mello, devendo ser diferenciados os interesses do indivíduo isoladamente considerados daqueles interesses do indivíduo enquanto partícipe do corpo social. Uma vez respeitado esse corte teórico, faz-se possível, do ponto de vista lógico, admitir eventuais conflitos entre o interesse público e o interesse egoisticamente defendido pelo particular.²⁸⁸

Por fim, reafirma Ávila que o indigitado princípio impediria o exercício de juízos de proporcionalidade, ao que contrapomos as observações tecidas no item 2.1 no sentido de ser equivocada a premissa de que o mencionado princípio se reduz a mero axioma, refratário aos debates e às peculiaridades do caso concreto. A inclinação democrática da doutrina tradicional, ao contrário, recomenda um exauriente exercício dialético, inclusive, com emprego de juízo de proporcionalidade, como forma de se identificar a correta aplicação do direito e, a partir disso, fazer prevalecer o interesse público.

Como já expusemos neste trabalho, e ao contrário do que defende Humberto Ávila, é possível identificar diversos dispositivos constitucionais que, mesmo desprovidos de força literal que lhes empreste, de forma isolada, a condição de suporte constitucional para o princípio da supremacia do interesse público, apresentam elementos implícitos, cada um a seu modo e grau, que, conjuntamente, estabelecem uma unidade sistêmica em prol da formação de fundamento de validade normativa para o princípio em apreço²⁸⁹. Essa constatação se afigura absolutamente clara quando se vê respeitada a baliza teórica de Bandeira de Mello, no sentido de que atender à juridicidade é fazer valer o interesse público. Ora, se o princípio sob comento é indissociável da juridicidade, negar aquele corresponderia também a negar este, algo que nem de longe é cogitado pela doutrina crítica. A este propósito – extração do princípio da supremacia do interesse público a partir de uma

²⁸⁸ Quanto ao ponto, recobramos a considerações tecidas no Capítulo 2.

²⁸⁹ Para exemplos contidos na Constituição Federal de 1988 que, repita-se, devem ser apreendidos sistemicamente, confira-se o item 2.4.

interpretação sistemática do direito positivo -, é oportuna a afirmação de Alejandro Nieto de que a expressa disposição contida no art. 103.1 da Constituição espanhola, segundo o qual a Administração deve servir objetivamente aos interesses gerais, só não consta em grande parte das Constituições por ser considerada uma afirmação desnecessária, haja vista se tratar de uma obviedade cabal.²⁹⁰ Outro exemplo, que nos é relatado por Daniel Wunder Hachem²⁹¹, a partir das lições de Guillaume Merland²⁹², reforça o argumento: a Constituição francesa de 1958 não faz qualquer referência expressa ao conceito de “*intérêt général*”, e ainda assim, sem fundamento normativo específico, o Conselho Constitucional lança mão dessa noção como critério para o controle preventivo de constitucionalidade das leis.

Como consignamos no item 2.4.2, a concepção de princípio subjacente à teoria da supremacia do interesse público aventada por Celso Antônio é aquela denominada “concepção tradicional”²⁹³, que busca diferenciar os princípios das regras, a partir do critério do grau de fundamentalidade. Na definição do administrativista da PUC/SP, “princípio” é conceituado como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental”. Sob essa perspectiva, a supremacia do interesse público poderá ser alçada à condição de *princípio*, porque, ao constituir um dos pilares do regime jurídico-administrativo – ao lado da indisponibilidade do interesse público -, passa a informar todo este ramo do Direito. Constituirá, pois, uma reserva de racionalidade à qual deverão socorrer os intérpretes sempre que estiverem diante da dificuldade de se concretizar as normas do direito administrativo diante da espécie fática. Essas circunstâncias, por si só, permitem concluir que há uma relação de coerência interna entre aquilo que Celso Antônio considera como princípio (mandamento nuclear de um sistema, dotado de alto teor axiológico) e o modo como, segundo o mencionado professor, deve ser aplicado o princípio da supremacia do interesse público (dissociado da ideia de uma

²⁹⁰ NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española*: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. v. 3. Madrid: Civitas, 1991. p. 2225.

²⁹¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 215.

²⁹² MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 25 apud HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit.

²⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Op. Cit.*, p. 612-613; SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. f. 11.

razão *prima facie* de decidir que seja refratária à dialeticidade). Afinal, afirmando a prevalência do interesse público nas relações jurídico-administrativas, Bandeira de Mello está afirmando, por conseguinte, que o respeito à juridicidade, a obrigação de ofertar respostas aderentes ao direito, é um mandamento nuclear do Direito Administrativo, capaz de lançar a mesma luz sobre todas as categorias jurídicas que o compõe, aprisionando-lhes num linear sentido, unificador, mas, a um só passo, também capaz de preservar as suas respectivas peculiaridades, de modo que elas possam refletir traduções particularizadas do princípio genéricos aos quais estão vinculadas

Seja como for, também reconhecemos a índole principiológica da supremacia do interesse público porque o seu núcleo (interesse público), quando compreendido em conformidade com a proposta de Celso Antônio (no sentido de que interesse público é tudo aquilo que o direito positivo protege), apresenta caráter normativo suficiente para realizar um fim juridicamente relevante, qual seja, solucionar a dicotomia entre interesses públicos e interesses meramente privados, num contexto em que também os direitos individuais passam a integrar o conceito de interesse público, afastando-se, assim, as imputações de que se trata de uma mera regra de preferência em desfavor dos indivíduos. Perceba-se que o princípio em estudo possui como característica um elemento finalístico – solução do conflito entre interesses públicos e meramente privados. Para além disso, não possui a pretensão de resolver a situação apenas pelos elementos nele contidos, mas apenas de apresentar elementos relevantes para a tomada de decisão, que se efetivará em atenção ao caso concreto e às regras aplicáveis à espécie. E, diante dessa tecitura acentuadamente aberta, sua aplicação demandará a utilização mais intensa da argumentação para justificar a conduta adotada com o intuito de equacionar o conflito entre administração e administrados.²⁹⁴

²⁹⁴ Colocada nesses termos, a supremacia do interesse público poderia ser qualificada como norma-princípio, mesmo à luz da teoria dos princípios edificada por Humberto Ávila, para quem “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” Não se olvida que Humberto Ávila esteja a negar a condição de norma-princípio à supremacia do interesse público. Consideramos, porém, que este jurista gaúcho chega a tal conclusão a partir da premissa de que se trata de uma regra de preferência, fechada ao postulado da proporcionalidade e pré-direcionada a um resultado favorável à administração, circunstâncias que não admitimos em nosso estudo.

3.3 – Uma “ponte” para a compatibilização entre as correntes doutrinárias divergentes.

Das linhas iniciais tracejadas ainda no final da década de 1960 até os dias atuais, pode-se verificar que a teoria da supremacia do interesse público recebeu um significativo incremento de racionalidade a partir da inserção de dois elementos que nos parecem centrais nesta construção: (i) a distinção entre *interesses privados ostentados por indivíduos isoladamente considerados* e os *interesses privados do indivíduo enquanto integrante de um corpo social*; (ii) a ideia-chave de que o conteúdo do interesse público é definido pelo ordenamento jurídico-positivo. Aquele primeiro elemento afastou o senso comum de que interesses públicos são, necessariamente, concorrentes com os interesses privados. Já o segundo elemento identificou a supremacia do interesse público com a ideia da juridicidade, com o cumprimento das normas que compõem o ordenamento jurídico-positivo, pelo que sua realização pressupõe, sempre, a fruição dos direitos subjetivos conferidos aos indivíduos pelas leis e pela Constituição.²⁹⁵

Para além dessas ideias centrais que alavancaram o desenvolvimento da teoria de Celso Antônio nas últimas décadas, é possível constatar, mais recentemente, uma relevante contribuição a partir dos influxos da doutrina crítica, não apenas porque tais críticos motivaram a comunidade científica a revisitar o tema, mas também porque induziram os juristas a se atentarem quanto à necessidade de melhor delinear a própria noção de interesse público. Da dissensão metodológica entre cultores da doutrina tradicional e da doutrina crítica surgem reflexões acerca do modo como devem se relacionar interesses públicos e privados. E seja qual for o ângulo adotado, o resultado tem sido invariavelmente a preocupação quanto à concretização do vocábulo *interesse público* nos casos concretos. Sendo a ele atribuída a condição de *supremacia* e de *norma-princípio* (na linha do que defende a doutrina tradicional) ou sendo-lhe destinado o predicado *regra de preferência* (como alegam os adeptos da doutrina crítica), resta sempre presente a preocupação de

²⁹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: _____; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95.

que agentes públicos o invoquem apenas sob a finalidade de conferir aparência de legalidade a condutas arbitrárias. E, sob tal contexto, em que pese ser necessário aprofundar as discussões científicas sobre a correta conceituação do interesse público no plano dogmático, faz-se igualmente relevante identificar as tecnologias que o Direito proporciona para a melhor identificação do interesse público nos casos concretos, algo que, de resto, incrementará o potencial de controle sobre os atos estatais diretivos e o afastamento dos interesses privados meramente egoísticos, por vezes, travestidos de interesse público.

Daí que, para nós, não parece oportuno adotar postura disruptiva em relação à doutrina crítica, negando-lhe qualquer valor científico. Julgamos necessário encontrar o valor dessas formulações teóricas não a partir do embate frontal entre elas, mas sim a partir da compreensão das premissas e conclusões que cada uma, a seu próprio modo, assume. Esse acordo metodológico, voltado para a busca da coerência interna em cada uma das formulações, nos permite equacionar – sob ângulos diversos e igualmente válidos – o problema da correta aplicação do direito que, em última análise, é a questão de fundo implicitamente colocada no debate entre interesses públicos e interesses privados. Estamos convictos de que, de parte a parte, não há a intenção de se legitimar condutas ilegais da Administração a partir de uma leitura arbitrária do Direito Administrativo. Não identificamos essa nuance despótica nas ideias de Celso Antônio Bandeira de Mello – que, já naqueles tempos de ditadura militar, enunciava que os interesses da coletividade “*não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*”²⁹⁶ – nem tampouco nas ideias dos adeptos da doutrina crítica, todos vocacionados para uma leitura democrática do Direito. Sendo esse um traço comum a ambas as correntes, cumpre definir em que plano se situa a discussão: no âmbito dêontico que caracteriza, em geral, o Direito ou, especificamente, no universo da investigação das boas práticas de aplicação de suas normas.

Feito esse prévio esclarecimento, será possível admitir – sem qualquer devaneio lógico – que socorre razão à doutrina crítica quanto ao risco de se legitimar condutas administrativas arbitrárias, desde que o conceito de interesse público seja

²⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, op. cit. p. 49.

tomado pelo intérprete/julgador a partir da ideia de que esta categoria jurídica é traduzida como sinônimo de regra de preferência, de axioma que não se vocaciona para o exercício dialético. Em contrapartida, será absolutamente coerente a assertiva de que a supremacia do interesse público constitui efetivamente um *princípio* – e não uma mera regra de preferência – desde que respeitada a concepção de princípio adotada nas formulações de Bandeira de Mello e desde que reste assente que respeitar direitos individuais, na medida do que prescrito no ordenamento, ainda é respeitar o interesse público.

Essa ponte entre as duas linhas divergentes - que, repita-se, se faz ainda mais necessária tendo em vista a necessidade, neste trabalho, de um acordo científico quanto ao que seja interesse público e sua supremacia - se fará, ademais, pelo reposicionamento das críticas endereçadas à teoria tradicional, de modo a retirá-las do mencionado embate frontal com as premissas de Celso Antônio, para então lhes aproveitar no campo da melhor forma de aplicação do direito, algo que estamos aqui a buscar. Dito de outro modo, em vez de pura e simplesmente refutar as preocupações da doutrina crítica quanto ao risco de se legitimar malversações, iremos concebê-las como legítima contribuição para se buscar um método ótimo de aplicação do princípio em epígrafe nos casos concretos. Afinal, se não se pode negar que, de fato, ocorrem patologias no plano operativo desta norma, logo, será ainda mais oportuna a indagação que aqui estamos a fazer: qual é a técnica que a ciência jurídica nos oferta para minimizar tais ocorrências? Qual é o instrumento do qual dispõe o Direito para evitar que a supremacia do interesse público seja tomada como regra de preferência, apta a privilegiar o interesse invocado pela administração em detrimento do interesse público?

Essa, pois, a ponte que estamos a propor: mantidas as premissas da doutrina crítica, poder-se-ia constatar uma coerência interna com as conclusões a que chegam os seus representantes; todavia, as preocupações quanto ao manejo da supremacia do interesse público como regra de preferência, desacoplada, pois, do tratamento constitucional que é conferido aos direitos individuais, serão – neste trabalho – transpostas para o âmbito da discussão quanto à forma de se identificar o interesse público e sua supremacia em casos concretos. Em simples palavras,

estamos a buscar uma ferramenta que, efetivamente, evite que a supremacia do interesse público seja utilizada como mera regra de preferência.

Mesmo quando se tem em vista a aproximação entre as formulações da doutrina tradicional e da doutrina crítica, o princípio da supremacia do interesse público somente se reputará satisfatoriamente atendido quando os intérpretes lograrem aplicar corretamente o direito no caso concreto²⁹⁷. Se o interesse público corresponde, na linha do que estamos a demonstrar neste trabalho, a uma correta aplicação do direito, a sua supremacia sobre os interesses secundários (propugnada pela doutrina tradicional) não se contrapõe, em concreto, à realização dos direitos subjetivos assegurados aos indivíduos pelas leis e pela Constituição (como sustentam, a seu modo, os adeptos da doutrina crítica). A ideia de um interesse público supremo se confunde, assim, com a observância da própria juridicidade, de modo que o interesse da Administração passa a ser traduzido a partir da ideia do interesse de conceder respostas aderentes à juridicidade. É, portanto, uma concepção de supremacia do interesse público que se traduz na sentença *supremacia do direito sobre o não-direito*. A questão que se coloca, neste ponto, por conseguinte, é saber como o direito se manifestará em cada caso concreto.

Para tanto, o processo judicial, principal arena em que se tensionam posições jurídicas conflitantes com vistas à investigação sobre a quem o direito socorre, qualificar-se-á não apenas como método de aplicação da norma em concreto, mas, em última análise, como instrumento de aferição do interesse público na espécie examinada. O processo judicial é, assim, o instrumento a ser usado pela doutrina tradicional para buscar o sentido da juridicidade no caso concreto, mas também constituirá a ferramenta para que a doutrina crítica busque evitar a preponderância de um interesse público etéreo, que se confunde com a vontade secundária dos agentes estatais.

²⁹⁷ Como ensina Emerson Gabardo, para a concepção contemporânea de Direito Administrativo o interesse público “é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo” (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 285).

CAPÍTULO 4 – A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O PROCESSO JUDICIAL

Bandeira de Mello enfatiza que a concepção acerca do que seja interesse público concretamente considerado pode variar em função das inclinações políticas, sociológicas e sociais de cada intérprete, mas, na perspectiva interna do Direito apenas “será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior.”²⁹⁸⁻²⁹⁹ Eis, portanto, uma acepção do interesse público como um dever genérico da Administração de obedecer ao sistema normativo. Nessa ordem de ideias, a insígnia do *interesse público* pressupõe tratar-se de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico-positivo.

Assim, se a definição do que seja interesse público, no plano abstrato, se dá mediante atividade criativa e extrajurídica a ser desempenhada pelo Parlamento, logo, nosso desafio passa a se colocar no plano operativo das normas, no *modus operandi* de aplicação do direito posto. Neste sentido, Daniel Wunder Hachem:

(...) caberá à Administração, em face da realidade concreta, buscar a sua satisfação dentro dos fins, alcance e requisitos sinalados no sistema normativo (Constituição, leis e atos administrativos normativos), através da aplicação dos comandos jurídicos que lhe são dirigidos. Se a determinação do interesse público incumbe a um órgão dotado de função normativa, é certo que a sua identificação no mundo dos fatos constitui tarefa a ser realizada pela Administração Pública, por meio da edição de atos

²⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190.

²⁹⁹ Essa acepção do interesse público como um dever genérico da Administração de obedecer ao sistema normativo (interesse público como interesse protegido pelo ordenamento jurídico-positivo) encontra ressonância também na doutrina estrangeira. José Luis Meilán Gil destaca que “desde esta perspectiva o interesse público é conformidade com a legalidade, com o Direito” (MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 171-198, abr./jun. 2010. p. 187). Franco Bassi, por sua vez, assevera que “a qualificação de um interesse como público constitui o resultado de uma escolha normativa” (BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: UNIVERSITA DI VENEZIA. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. Modena: Mucchi, 1996. v. 1, p. 246-247). Nessa mesma esteira, Fernando Sáinz Moreno explica que são os “procedimentos jurídico-democráticos, em um debate público” que definem o que deva ser protegido sob o manto do interesse público (SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 8, p. 63-94, ene./mar. 1976). Lições semelhantes são expendidas por Luis de la Morena y de la Morena (MORENA Y DE LA MORENA, Luis de la. Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 100-102, p. 847-880, ene./dic. 1983. p. 852), bem assim por Georges Vedel e Pierre Devolvé (VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. 12^e éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. t. I, p. 518).

administrativos concretos. Não é a Administração Pública que qualifica originariamente um interesse como público (salvo no exercício do poder regulamentar, mas que detém, de todo modo, natureza secundária). Via de regra, a ela compete apenas persegui-lo e identificá-lo no caso concreto.³⁰⁰

Mesmo a doutrina crítica reconhece, a seu modo, o desafio de se encontrar uma solução para os conflitos de interesses públicos e privados não apenas a partir das proposições abstratas fornecidas pelo direito positivo, mas também a partir da atenção ao suporte fático apresentado ao intérprete. Gustavo Binimbojm, por exemplo, conquanto refute a ideia de um interesse público supremo, entende que cumpre ao agente estatal “à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses em jogo”, o que corresponde, para este professor fluminense, àquilo que se convencionou chamar “melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública”.³⁰¹

Para este ensejo – escolha de um método que permita a identificação do interesse público no caso concreto, ou a identificação do “melhor interesse público”, como sugere Binimbojm -, não mais prospera a ideia de que são satisfatórios os modelos subsuntivos clássicos, que seguiam uma lógica matemática e puramente dedutiva na aplicação do direito. A aparente contraposição entre um interesse perseguido pela Administração e aquele defendido pelo particular não será equacionada a partir da simples escolha dos enunciados normativos em tese aplicáveis ao caso, exigindo-se, pois, do intérprete, uma habilidade dialética que lhe permita encontrar a melhor solução para a espécie, a verdade provável e racionalmente aceitável, suportada em juízo de probabilidade. E é justamente no processo judicial em que tal exercício operativo deve ocorrer.

Sendo certo, porém, que o problema da correta aplicação do direito tem sua possível solução no processo judicial, não é menos certo que esta solução – o processo judicial – também tem os seus problemas e traz consigo desafios próprios. É o que pretendemos demonstrar adiante.

³⁰⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, op. cit. f. 154.

³⁰¹ BINIMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, op. cit. p 151.

4.1 – *Um paradigma metodológico: a aderência do processo do formalismo-valorativo à teoria da supremacia do interesse público formulada pela doutrina tradicional.*

A teoria da supremacia do interesse público se assenta no cumprimento do direito. Essa afirmativa se conjuga, porém, com a constatação de que o direito de nosso tempo é sobremaneira flexível, exigindo a reconstrução de seus enunciados normativos em função das peculiaridades de cada caso concreto. O direito não se faz corretamente aplicado mediante o mero emprego de fórmulas subsuntivas clássicas.

Diante deste cenário em que respeitar o interesse público é aplicar um direito caracterizado por sua ductibilidade, faz-se necessário perquirir qual é a melhor forma de se alcançar, concretamente, o sentido do princípio da supremacia do interesse público. Na medida em que tal norma-princípio nos é ofertada, *prima facie*, em balizas largas, qual seria a tecnologia disponibilizada pelo Direito, hábil a evitar que os aplicadores tomem aquela norma abstrata como regra de preferência, como razão apriorística de decisão em favor da administração? Nas linhas introdutórias já anunciávamos a nossa proposta de defender o processo judicial como o *locus* propício à investigação do que seja efetivamente o interesse público e a sua reputada supremacia, diante de casos concretos. Com efeito, não nutrimos a expectativa de que a fluidez da expressão *supremacia do interesse público* possa se equacionar a partir de um conceito dogmático de *interesse público* que seja cartesiano, apriorístico e infenso à dialeticidade. cremos que o alcance da expressão *interesse público* (e da norma-princípio que lhe é correlata) demanda reconstrução de seu significado em cada caso concreto.

Não negamos que existe uma dificuldade de se apreender intelectualmente o sentido do mencionado princípio, dada a fluidez de sua conceituação, no plano abstrato. Afinal, delimitar o que é interesse público é tão difícil quanto delimitar o que é direito. cremos, no entanto, que essa plasticidade não torna o princípio menos operativo, mas sim, facilita a formação de juízos concretos ajustados à sua ideia nuclear. Para tanto, registre-se, será necessário permitir aos opositores em

determinada contenda que reconstruam essa norma-princípio a partir de um embate dialético, o que se fará na arena do processo judicial.

A estrutura do processo judicial, a maneira como esse se organiza internamente, o seu formalismo, enfim, “deve reagir ao tipo de organização política adotado em dada sociedade e à teoria do direito que alimenta as soluções jurídicas nessa mesma comunidade”³⁰². O caráter técnico do direito processual civil não afasta a sua natureza cultural, “viés que acaba condicionando a eleição deste ou daquele caminho a seguir na organização do tecido processual”³⁰³. Como assevera Daniel Mitidiero, “o direito processual civil não escapa à sorte do direito em geral: compete à autonomia do humano, sendo fruto dessa percepção de mundo”³⁰⁴, pelo que se mostrará sempre suscetível a transformações em função dos paradigmas sociais então vigentes. Diante disso, se estamos defendendo a ideia de que o processo judicial é *locus* adequado para a reconstrução em concreto do significado do princípio da supremacia do interesse público, afigurar-se-á indispensável esclarecer qual é o paradigma metodológico em que se encontra o Código de Processo Civil de 2015, de modo a aferir se este possui, de fato, aptidão para permitir esse exercício dialético, essa reconstrução do significado do interesse público no caso concreto.

Para que se compreenda, mesmo que em breves linhas, a evolução da ciência processual e o momento atual do desenvolvimento do processo civil brasileiro, recobramos - a exemplo do que fez Cláudio Penedo Madureira³⁰⁵ em seu “Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro” – a classificação proposta por Daniel Mitidiero para quem a evolução do processo se apresenta em quatro fases metodológicas: (i) praxismo; (ii) processualismo; (iii) instrumentalismo, e; (iv)

³⁰² MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. Tese de Doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007. f. 10.

³⁰³ Ibid., f. 14.

³⁰⁴ Ibid, loc. cit.

³⁰⁵ MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

formalismo-valorativo (atualmente designado por Daniel Mitidiero como “processo civil no Estado Constitucional”)³⁰⁶.

A primeira fase, denominada *praxismo*, se notabilizou pela ausência de diferenciação entre direito material e direito processual, sendo este um subproduto daquele. Ao discorrer sobre esta fase, Daniel Mitidiero esclarece ser ela a pré-história do direito processual, na qual o processo era mero apêndice do direito material.³⁰⁷ Mitidiero, a partir das lições de Cândido Rangel Dinamarco, relata que no período praxista, os conhecimentos acerca do que seria *processo* eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. Segundo Daniel Mitidiero, confundia-se processo com o procedimento, restando ausente qualquer consideração sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), ou sobre a participação dos litigantes (contraditório)³⁰⁸. A jurisdição era encarada como “um sistema posto para tutela dos direitos subjetivos particulares, sendo essa a sua finalidade precípua”; ao passo em que a ação era compreendida como “direito adjetivo [...] que só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo”.³⁰⁹⁻³¹⁰ Essa concepção primitiva não

³⁰⁶ Para fins de compreensão deste trabalho, as expressões *formalismo-valorativo* e *processo civil no Estado Constitucional* poderão ser tomadas como sinônimas. Para uma crítica quanto à terminologia atualmente adotada por Daniel Mitidiero, cf.: Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 64.

³⁰⁷ “O praxismo corresponde à pré-história do direito processual civil, tempo em que se aludia ao processo como ‘procedura’ e não ainda como ‘diritto processual civile’. Época, com efeito, em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material. Direito adjetivo, pois, que só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 30).

³⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, op. cit. f. 19.

³⁰⁹ Ibid., loc. cit.

³¹⁰ Quanto ao pormenor, Mitidiero traz interessante crítica de Galeno Lacerda: (...) “erro arraigado, cometido até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito adjetivo, ou como direito formal. O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos Bentham. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. A toda evidência, processo não significa forma do direito material. Aqui, o erro provém de indevida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísicas de matéria e forma, como conceito complementares. Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, como direito material, ao direito disciplinador do processo outra qualificação não restaria senão a de formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofístico. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material – direito formal e sim, direito material – direito instrumental.

mais prevalece entre nós, pois que, em nosso tempo, não se concebe o processo como simples meio de exercício de direitos, tampouco se qualifica a ação apenas como um dos aspectos do direito subjetivo material violado.

A segunda fase metodológica, denominada *processualismo*, rompe com essa lógica da identidade entre direito e processo, concedendo tratamento científico ao direito processual civil. Discussões inerentes à ação, aos atos processuais, à litispendência, à eficácia de sentença, à coisa julgada etc. dominaram a atenção dos processualistas, “crentes de que estavam a praticar uma ciência pura, de toda infensa a valores – uma ciência, enfim, eminentemente técnica.”³¹¹ Como afirma Mitidiero³¹², citado por Cláudio Penedo Madureira³¹³, os processualistas dessa fase, “forçados que estavam a justificar o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo da árvore jurídica, se dispuseram à construção de um instrumento puramente técnico”. Sob esse propósito, todavia, acabaram por construir um processo “totalmente alheio a valores em sua intencionalidade operacional, à eliminação da disciplina processual de todo e qualquer resíduo de direito material e à retirada do problema da justiça do plano do processo”.^{314,315} Essa dupla faceta do

Isto porque instrumento, como ente *a se*, possui matéria e formas próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita material, sobre a qual opera” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 8, t. 1, p. 23-24 apud MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, op. cit. f. 19). Seja como for, Mitidiero relata que alguns processualistas portugueses ainda hoje insistem em considerar o processo civil como um “direito adjetivo”, como, entre outros, FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 8; AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16; outros, no entanto, rejeitam a terminologia, preferindo aludir ao direito processual civil como um “direito instrumental”, como SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. Lisboa: Lex, 1993, p. 35-36; MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 4. ed.. Coimbra: Almedina, 2002, p. 14-15.

³¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, op. cit. f. 19.

³¹² MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 19.

³¹³ MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 23.

³¹⁴ Ibid, loc. cit.

³¹⁵ A influência desse tecnicismo, desprovido de elementos axiológicos, sobre o Direito Processual brasileiro revelou-se, inclusive, na própria criação do Código Buzaid, como captado por Daniel Mitidiero: “O Código Buzaid marca a consagração do Processualismo no Brasil, relevando na sua disciplina as lições da Escola Histórico-Dogmática italiana, de que tributário. Do ponto de vista estrutural, organiza-se de modo a propor como esquema padrão para a tutela dos direitos o trinômio processual ‘cognição - execução forçada – cautela’. Ao lado desta estrutura, o Código Buzaid acaba tendo em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força do neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração como referencial substancial o Código Bevilacqua, o que redundou na construção de um processo civil individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de

processualismo – a um só passo, neutro em relação aos valores de ética e justiça, e complacente com as concepções individualistas e patrimonialistas do direito -, para além de não se encaixar historicamente no momento vivenciado por nós, é também axiologicamente deslocada da formulação teórica de Bandeira de Mello que, já ao final da década de 1960, defendia um Direito sob viés democrático, garantidor de direitos individuais que não se viam desconectados, no entanto, da sua coexistência com os interesses da coletividade.

Na esteira do que observa Cláudio Penedo Madureira, ocorre então “o declínio do *processualismo* (e do formalismo processual que lhe é correspondente), conduzindo o processo à sua terceira fase metodológica”³¹⁶. O fato ensejador da derrocada do processualismo “é a inauguração da preocupação dos intérpretes (aplicadores do Direito) com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar concretamente o ideal de justiça”³¹⁷. Nessa nova conjuntura, em que o Direito se reaproximou de vetores éticos, o processo passou a assumir uma perspectiva externa, sendo então apreciado a partir de seus resultados práticos.³¹⁸ Eis, então, neste cenário, o surgimento da terceira fase metodológica do processo, que é designada como *instrumentalismo*. Considerando, porém, que Daniel Mitidiero, inicialmente denominou esta terceira fase de formalismo-valorativo para, mais recentemente, rever a sua formulação, passando a considerar que o formalismo-valorativo inauguraria, na verdade, uma quarta fase metodológica (antecedida pela fase do instrumentalismo)³¹⁹, faz-se oportuno diferenciar esses dois modais.

dano e vocacionado tão somente à prestação de uma tutela jurisdicional repressiva (MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo. São Paulo, a. 35, n. 183, p. 166/194, mai. 2010).

³¹⁶ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 23.

³¹⁷ Ibid., loc. cit..

³¹⁸ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 49.

³¹⁹ Em suas próprias palavras, registra Mitidiero: “[...] como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47). Convém registrar que, atualmente prefere utilizar a expressão “processo civil no Estado Constitucional” em substituição a “formalismo-valorativo”. Essa

Assim, ao ensejo de se diferenciar o *instrumentalismo* (terceira fase) do *formalismo-valorativo* (quarta fase), adotamos as lições de Cláudio Penedo Madureira no sentido de que ambas “as formulações teóricas foram concebidas no contexto da superação do formalismo característico da fase autonomista do Direito Processual Civil Brasileiro”³²⁰, ou seja, de que se contrapõem àquele formalismo presente na segunda etapa (denominada processualismo). Nutrem, é verdade, o mesmo propósito de realização da justiça no processo, mas procuram atingir esta finalidade “por meio da aplicação de técnicas claramente distintas”, tendo em vista que “partem, uma e outra doutrina jurídica, de compreensões igualmente dessemelhantes sobre qual seria o verdadeiro papel da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito.”³²¹

A realização da justiça sob uma perspectiva instrumentalista (terceira fase) se confunde com a ideia da aplicação de um direito material pré-existente, insuscetível de ser recriado pela atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes. Não há espaço, neste paradigma, para uma dimensão reconstrutiva ao tempo da aplicação da norma em concreto, de modo que distribuir justiça é aplicar o direito posto. Não se pretende dizer, com isso, que os instrumentalistas estão a negligenciar a necessidade de se fazer justiça pelo uso do processo. Contudo, acreditam que o caminho para se cumprir tal desiderato é por meio da colocação da *jurisdição* numa posição de centralidade na Teoria do Processo, entregando aos juízes a tarefa de realizar a justiça por meio da flexibilização das normas processuais.³²² Neste modelo, portanto, ser justo é aplicar o direito material pré-existente, tarefa que poderá ser melhor desempenhada a partir de um processo mais flexível e manejado por um julgador que se coloca em posição de assimetria com relação às partes. Essa tecnologia sustentada pelos instrumentalistas, todavia, parte do pressuposto de que todos os enunciados normativos são justos, quando, na verdade, a efetividade do direito positivo e a realização da justiça são valores que nem sempre

opção do professor gaúcho, todavia, apresenta caráter puramente terminológico, restando preservadas as suas premissas e conclusões.

³²⁰ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 24.

³²¹ Ibid., loc. cit..

³²² A propósito, cf., por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 81.

andam juntos. Como arremata Madureira, o instrumentalismo, “na medida em que se dedica a tornar efetivo o direito positivo, apenas pode pretender produzir sentenças justas quando forem justos os textos legais aplicados”.³²³

Madureira segue neste exercício de diferenciação, explanando que o formalismo-valorativo, por sua vez, busca distribuir a justiça não por meio apenas da flexibilização do *processo*, mas também a partir de uma atividade cognitiva desenvolvida no ambiente processual que se destina à reconstrução do direito positivo pelos intérpretes/aplicadores (inclusive mediante a consideração de elementos axiológicos).³²⁴ Ou seja, rompe-se com aquela crença de que a justiça se perfaz mediante aplicação de um direito material pré-estabelecido, para permitir que o próprio julgador reconstrua a norma em abstrato à consideração das peculiaridades do caso concreto. Há, assim, não uma mera plasticidade do processo, mas sim, das próprias normas, que demandarão sempre uma atividade criativa dos intérpretes. Deposita-se, nesta atividade cognitivo-reconstrutiva, a esperança de que o ideal de justiça possa ser efetivamente alcançado. Não por outro motivo que os adeptos do formalismo-valorativo colocam o *processo* (e não a jurisdição) no centro da Teoria, enxergando nisso a técnica adequada para proteger os jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores.³²⁵ Essa posição de centralidade do processo resulta da crença de que ele “funciona, em razão do formalismo que lhe é característico, como mecanismo de controle da atividade jurisdicional” que permite a instauração, em seu corpo, de “uma relação dialética entre as partes reciprocamente e entre elas e o Estado-Juiz”.³²⁶ Em arguta observação, Madureira assim aponta:

[...] como sustentavam os adeptos do formalismo-valorativo ainda na vigência do código de 1973, um modelo ideal de processo é aquele em que o magistrado é *paritário no diálogo* (assumindo, assim, uma postura democrática frente ao processo, o que pressupõe a consideração e o efetivo enfrentamento das razões apresentadas pelas partes em suas manifestações processuais) e *assimétrico apenas na decisão* (o que significa dizer que o magistrado, após considerar as razões apresentadas por uma e outra parte, deverá apresentar uma solução para o litígio); ambiente dialógico que além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito, fomenta as condições necessárias a que as partes

³²³ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit., p. 34.

³²⁴ Ibid., p. 32.

³²⁵ Ibid., loc. cit.

³²⁶ Ibid., p. 56-57..

reconheçam a justeza da decisão prolatada; e que converte o processo, sob a mediação do formalismo que lhe é característico, em um verdadeiro instrumento da justiça.³²⁷

Ora, se estamos a propugnar por uma perspectiva democrática do Direito Administrativo – na esteira das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e com as preocupações incorporadas pela correlata doutrina crítica –, logo, soa natural uma aproximação entre nossas propostas e o paradigma do formalismo-valorativo. Afinal, este viés metodológico se afigura mais vocacionado para recepcionar a ideia de que a supremacia do interesse público não é um direito material pré-existente e de valor dogmático inafastável. É, ao contrário disso, uma diretriz normativa cujo alto caráter de abstração está a demandar uma cognição reconstrutiva de seu conceito e de seu alcance à vista do caso concreto. E, sendo necessário reconstruir essa norma no plano concreto, a proposta de um processo judicial paritário no diálogo entre as partes e entre estas e o magistrado se afigura, a toda evidência, mais aderente à teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello. Se o interesse público é observar a juridicidade, melhor então optar por uma tecnologia processual que permita a (re)construção dos correlatos enunciados normativos a partir de uma efetiva participação de todos os atores processuais, o que resultará numa maior probabilidade de que as partes reconheçam justeza na decisão final. O processo do formalismo-valorativo, por sua própria vocação dialética, permitirá encontrar a melhor solução para a espécie, a verdade provável e racionalmente aceitável, suportada em juízo de probabilidade.

A proposição instrumentalista, diferentemente, ao se vincar à confiança de que o direito positivo é, por si mesmo, justo, e ao negar a plasticidade dessa norma posta no plano operativo, acaba por se desacoplar da ideia-chave que aqui estamos a defender, no sentido de que o interesse público, embora definido abstratamente pela lei e pela Constituição, somente se revela concretamente a partir de uma atividade reconstrutiva dos intérpretes diante de um determinado suporte fático. Em simples sentença, o princípio da supremacia do interesse público não é um direito material pré-existente, mas um parâmetro normativo abstrato que está a demandar uma reconstrução concreta tal como nos propõe o processo do formalismo-valorativo. As críticas que incidem sobre o mencionado princípio, repita-se, se originam do

³²⁷ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 190.

desacerto doutrinário quanto ao que deva ser considerado interesse público. A resolução deste conflito metodológico deve ocorrer a partir da formulação de um conceito de interesse público que não conduza, sempre, à prevalência da administração sobre o administrado. Sob esse propósito, constatamos que o conceito arraigado na formulação teórica de Bandeira de Mello - no sentido de que o interesse público se traduz no interesse de dar respostas aderentes ao direito positivo – é o único que evitará a legitimação de condutas arbitrárias por parte do Estado, servindo tanto à administração como a administrados, pois que compatível com a ideia de legalidade (juridicidade). Seja como for, essa acepção traz consigo outro problema: nem sempre resta claro, a partir dos textos legais, o que é uma correta aplicação do direito. E se o enunciado normativo não é autoevidente, logo, é possível deduzir que a proposta teórica de Bandeira de Mello não se compatibiliza com a ideia de que o julgador deve se valer de um direito material pré-existente para equacionar os litígios, na linha do que defendem os instrumentalistas. Antes, deve permitir a “criação” deste direito a partir do debate praticado no bojo do processo judicial, tal como preceitua o formalismo-valorativo.

Para além dessas observações teóricas, constata-se que essa fase contemporânea do formalismo-valorativo fora assimilada no plano do direito positivo, haja vista a opção político-legislativa levada a efeito com a edição do Código de Processo Civil de 2015. A esta conclusão chegamos, fundamentalmente, porque, assim como recomenda o formalismo-valorativo, também o CPC/2015 mostra-se receptivo ao ideário de uma substancial participação das partes litigantes, de uma atividade dialética “criativa” que parte da premissa de que o direito a incidir na espécie não corresponderá necessariamente ao direito que se encontre estampado nos respectivos textos legais, o que torna possível a reconstrução, em concreto, dos enunciados normativos em tese aplicáveis ao caso.

O novo Código se divorcia da perspectiva instrumentalista (terceira fase metodológica) que alimentava a esperança de que a justiça seria adequadamente distribuída a partir da tão só aplicação de um direito material pré-existente, num contexto em que o juiz, a quem competiria flexibilizar as regras processuais quando assim julgasse necessário, se colocava em posição assimétrica com relação às partes. Diversamente, a novel codificação processual, afinada com o formalismo-

valorativo, se coloca como “ambiente de ‘criação’ do Direito”, nas palavras de Cláudio Penedo Madureira³²⁸. Este professor capixaba é, ademais, peremptório em afirmar que “o processo dialógico projetado pelos formalistas-valorativos foi adotado pelo legislador do Código de 2015”. A partir de influxos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³²⁹ e Hermes Zaneti Júnior³³⁰, Madureira consigna que a realização do Direito em nosso tempo não mais se sustenta “na fórmula geral segundo a qual compete ao juiz aplicar no processo um direito material preexistente”, considerando prevalecer, em rigor, “a metódica tópico-problemática, num contexto em que não apenas a lei, mas também a dogmática e os precedentes compõem os catálogos tópicos” a serem manejados pelos intérpretes/julgadores.³³¹

Com efeito, essa conclusão a que chega Cláudio Penedo Madureira, com a qual concordamos, encontra ressonância em vários dispositivos presentes no CPC/2015 que homenageiam o direito de participação dos oponentes e os coloca em posição simétrica com relação ao julgador da contenda, fato perceptível ao menos em dois dos exemplos elencados pelo professor capixaba³³², quais sejam: art. 489, § 1º, incisos IV e VI³³³, que considera *desprovido de regular fundamentação* o ato decisório que *não enfrentar as razões deduzidas pelas partes no processo*, ou que *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedentes por ela invocados*; art. 10³³⁴ e art. 493, parágrafo único³³⁵, que vedam ao Poder Judiciário

³²⁸ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 63.

³²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____ (org.). Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³³⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional...op. cit.

³³¹ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 61.

³³² Para outros exemplos, cf.: MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 58-60 e 62.

³³³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

³³⁴ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

³³⁵ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

decidir sobre fundamentos e fatos sobre os quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, impondo aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere.

Sem prejuízo para a utilidade didática dos exemplos retro mencionados, de uma forma geral, pensamos que todos os dispositivos presentes no CPC/2015 que estejam, de forma explícita ou não, a corroborar com um processo civil substancialmente democrático e cooperativo, são denotadores da presença do formalismo-valorativo nesta nova codificação, na medida em que estarão, cada qual a seu modo, expressando a ideia nuclear desta fase metodológica contemporânea, no sentido de que as partes devem se colocar em situação de efetiva paridade, contexto no qual se inclui, por exemplo, a boa-fé processual (art. 5)³³⁶, o dever de cooperação (art. 6), o efetivo contraditório (art. 7)³³⁷ e o direito à não-surpresa (art. 9)³³⁸. De igual forma, também constituem signos indicativos do formalismo-valorativo aqueles dispositivos que retiram a *jurisdição* da centralidade da relação jurídico-processual, impondo aos juízes que, por exemplo, sigam os precedentes invocados pelas partes, quando da fundamentação de suas decisões (disposição que, como já apontado, restou positivada no art. 489, §1º, VI), uniformizem a jurisprudência com o a finalidade mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926)³³⁹, editando, inclusive enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante (art. 926, §1º), e que observem as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, bem assim os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência do plenário ou do órgão especial a que estiverem vinculados (art. 927).³⁴⁰

³³⁶ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

³³⁷ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

³³⁸ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

³³⁹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

³⁴⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Feitas essas considerações, estamos convictos de que o Código de Processo Civil de 2015 é, sim, vocacionado para a investigação do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista que sua inspiração de índole formalista-valorativa lhe concede a abertura necessária para que o litigante, fazendo uso de argumentação e estando em posição de simetria com o juiz e com a parte *ex adversa*, reconstrua o significado daquela norma-princípio em atenção às particularidades do caso concreto, não restando, pois, espaço para que esta seja empregada como mera regra de preferência, como direito material pré-existente e blindado ao debate.

4.2 - Caráter flexível da aplicação do Direito na Era Contemporânea: uma dificuldade a ser superada pelos intérpretes no contexto da definição em concreto do que é interesse público.

Sendo o direito positivo uma obra humana – impregnada, portanto, de uma historicidade que lhe deixa suscetível às transformações geracionais³⁴¹ – não seria demais afirmar que a supremacia do interesse público, enquanto norma jurídica, não pode ser tomada como um dogma imutável capaz de ofertar, por si mesmo, resposta para às necessidades do homem em sua vida social. Fiel à sua condição de norma jurídica (e de produto cultural), o princípio da supremacia do interesse público – que, no plano do direito positivo, é uma objetivização da vida humana – deve ser revivido no contexto de sua aplicação aos casos concretos, reverberando, pois, a natural modificação dos valores de geração para geração.

A renovação histórica do Direito acarreta, por si mesma, um relevante ônus reconstrutivo aos operadores jurídicos, pois que, desprovidos da expectativa de que o direito abstratamente concebido possa lhes dar a resposta justa para o caso examinado, passam a se deparar com a necessidade de densificação de regras e princípios, em compasso com o panorama histórico que estão a vivenciar, “num processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta”

³⁴¹ Sobre o caráter histórico do Direito, conferir os apontamentos de Cláudio Madureira, a partir das lições de Recasens Siches, em: MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y Cambio Social*, n. 40, abr.-2015. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/RECASENS_SICHES_E_A_APLICACAO_DO_DIREITO.pdf>; acesso em 26 de maio de 2017.

que, por sua vez, “será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização”³⁴². Esta concretização normativa é, pois, “um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado ‘técnico’ do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica.”³⁴³

As dificuldades operativas têm sido sobremaneira acentuadas em virtude das profundas alterações que a ciência jurídica tem experimentado no nosso tempo, notadamente a partir da segunda metade do século XX. Como relata Luiz Guilherme Marinoni, no período anterior, marcado pelo positivismo jurídico, o “direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”.³⁴⁴ Todavia, o declínio desse discurso axiomático-dedutivo, calcado no império da lei formal – fenômeno que se pauta em razões que serão expostas na sequência - vem acarretando ao direito contemporâneo um momento de transformações paradigmáticas. Daniel Sarmento, por exemplo, empregando o termo “neoconstitucionalismo”³⁴⁵ para designar o constitucionalismo de nosso tempo,

³⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 1201.

³⁴³ Ibid., loc. cit.

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Constitucional. Disponível em www.marinoni.adv.br/wp.../A-JURISDIÇÃO-NO-ESTADO-CONSTITUCIONA1.doc. Acesso em: 04 abr. 2017.

³⁴⁵ A expressão é aqui empregada entre aspas não sem um motivo específico. Estamos cientes de que a expressão *neoconstitucionalismo* pode trazer consigo certa equivocidade terminológica, na medida em que induz, ao menos potencialmente, a compreensão de que houve uma absoluta ruptura com o constitucionalismo que lhe precedeu, o que não é verdade. Malgrado a ascensão dos princípios, o fato é que tanto as regras jurídicas como as técnicas de subsunção ainda continuam importantes para a ciência do Direito, mesmo que, desta feita, sofram a influência de um novo paradigma em que o Direito se reaproxima da Moral. Sob esta ótica, pode-se afirmar que não estamos diante de um novo constitucionalismo, mas sim diante daquele tradicional constitucionalismo que, no período contemporâneo, recebe novos influxos jusfilosóficos. Ademais, a carga semântica do prefixo *neo* ignora que sempre haverá uma “nova fase do constitucionalismo”, na medida em que o próprio Direito, sendo produto cultural, é invariavelmente evolutivo e histórico. Diante disso, seria possível indagar qual a terminologia a ser adotada quando surgir uma nova fase, posterior ao “neoconstitucionalismo” de nosso tempo (pós-neoconstitucionalismo?). Crítica semelhante a esta terminologia é empregada por Cláudio Penedo Madureira quando trata das diferenças entre *processualismo* e *neoprocessualismo* (MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 66). Seja como for, neste ponto da pesquisa, fazemos alusão ao *neoconstitucionalismo* para nos mantermos fiéis à opção terminológica do autor citado, Daniel Sarmento. Registre-se, de toda sorte, que mesmo este professor fluminense, apesar de não enfrentar diretamente essas críticas terminológicas, considera mais importante a compreensão quanto à forma como o paradigma constitucional contemporâneo é compreendido do que com a designação que lhe deva ser dada. Em linhas conclusivas, Sarmento

relata alguns fatos históricos que teriam ensejado o surgimento de um paradigma mais plástico para fins de interpretação do Direito, quais sejam: (i) valorização dos princípios (ii) adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação; (iii) abertura da argumentação jurídica à Moral³⁴⁶, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo; (iv) reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.³⁴⁷

Em sentido semelhante Cláudio Penedo Madureira relata (i) “uma verdadeira revolução no método de construção política dos textos normativos”, fato perceptível no emprego de fórmulas redacionais mais abertas, como as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Para Madureira, “tamanho indeterminação do Direito culmina por repercutir nas relações entre os Poderes”, pois, neste cenário de fluidez e de tecitura aberta, “a lei passou a exigir ‘acabamento do Poder Judiciário’”, que, de seu turno, viu-se “provocado pelas instituições e pela sociedade civil a

registra: “Ao fim da leitura destas páginas, o leitor pode estar se indagando se eu me alinho ou não ao neoconstitucionalismo. A minha resposta é: depende da compreensão que se tenha sobre o neoconstitucionalismo. (...) eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil...op. cit.).

³⁴⁶ O marco *filosófico* das transformações aqui descritas é o póspositivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, 2007, p. 249).

³⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993. Acesso em: 14 out. 2016.

estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação”³⁴⁸. Ainda como exemplo desses fatos históricos, que singularizam as reflexões jurídicas de nosso tempo, Madureira menciona (ii) a constitucionalização dos direitos e dos princípios também ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra; (iii) a “imensa potencialidade reconstrutiva de nosso regime de controle da constitucionalidade das leis”; (iv) por fim, “a notável flexibilização do Direito, no campo da sua aplicação, proporcionada pela distinção teórica entre regras e princípios jurídicos”³⁴⁹.

Observa-se também que os princípios constitucionais foram “impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica.”³⁵⁰ É verdade que as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, “mas as fronteiras entre os dois domínios tornam-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça ”.³⁵¹

Nada obstante, o consenso quanto a estas transformações sofridas pelo Direito no último quadrante do século passado ainda não resultou numa posição clara sobre a forma como devem ser compreendidos e aplicados os valores morais incorporados pela ordem constitucional. Sua vagueza e indeterminação se abrem a leituras muito diversificadas. Como bem observa Daniel Sarmento, “no contexto das sociedades plurais e ‘desencantadas’ [...] este debate torna-se crucial, uma vez que não há mais consensos axiológicos em torno das questões difíceis que o Direito é chamado a resolver”.³⁵² Para este professor fluminense, o pluralismo contemporâneo não confere espaço ao “uso da argumentação de cunho jusnaturalista, que apele à

³⁴⁸ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 46.

³⁴⁹ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 48.

³⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993. Acesso em: 14 out. 2016.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² Ibid.

religião, à natureza ou à metafísica, para equacionar as mais complexas controvérsias jurídicas”,³⁵³ como fora possível outrora.

E se a invocação de elementos argumentativos suportados numa legitimidade divina já não encontra espaço há muito em nosso ordenamento, de mesmo modo, vem sucumbindo entre nós aquela fórmula geral segundo a qual competia aos juízes aplicar no processo um direito material preexistente. Faz-se indispensável, hodiernamente, a incorporação de novos elementos hermenêuticos e a construção de novas fórmulas científicas que, despidendo-se daquele silogismo puro, e reconhecendo a diferença entre norma e enunciado³⁵⁴, permita ao intérprete captar o verdadeiro sentido e alcance do direito posto a partir da incidência dos elementos fáticos do caso concreto.

Assim como aponta Hermes Zaneti Júnior, é inegável, no atual estágio da ciência jurídica e da hermenêutica, que “os textos (...) não valem por si mesmos, não contêm uma clareza que os isente de interpretação, porque interpretar é aplicar e vice-versa”.³⁵⁵ Não apenas a lei, mas também a dogmática e os precedentes, compõem atualmente os catálogos tópicos empregados pelos intérpretes/aplicadores para a construção das normas concretas que solucionarão os litígios³⁵⁶. É justamente a partir desta plasticidade interpretativa - que confere ao hermeneuta a possibilidade de construir significados extraídos de diversas espécies normativas, sem nunca perder de vista o caso concreto -, que o Direito de nosso

³⁵³ HABERMAS, JURGEN, apud SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993. Acesso em: 14 out. 2016.

³⁵⁴ A partir dos ensinamentos de Giorgio Pino, Hermes Zaneti Júnior esclarece que “as normas são o significado extraído de uma ou mais disposições de lei ou atos normativos considerados como dispositivos, textos ou enunciados, que lhes estabelecem. A norma pode estar em um ou em muitos dispositivos de lei, um só enunciado pode conter muitas normas. A norma somente adquire o seu significado conforme a individuação pelo intérprete no momento da aplicação. Por essa razão, a doutrina fala em normas como *resultado*, e não o *pressuposto* da atividade interpretativa” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Jus Podvim: Salvador, 2016. 2ª e.).

³⁵⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit. p. 133.

³⁵⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, op. cit., p. 88.

tempo se tornou mais flexível. Conforme variam os intérpretes, a interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema.³⁵⁷

Tem-se, assim, uma nova configuração em que a legitimidade das decisões judiciais não mais se presume alcançada pelo simples fato de refletir, conforme se supunha, a vontade geral da coletividade, expressa na atividade criativa empregada pelo Parlamento.³⁵⁸ A crença naquele legicentrismo dá lugar, então, à necessidade de que o aplicador do Direito encontre fundamento de legitimidade de seus atos decisórios a partir do contexto em que são produzidos. O processo, nesse novo panorama, apresenta-se como ambiente dialógico, que além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito – incluindo, no pormenor, o manejo indevido do princípio da supremacia do interesse público –, fomenta as condições necessárias a que as partes reconheçam a justeza da decisão prolatada.³⁵⁹ Essa ductibilidade da qual atualmente se reveste o Direito, a par de expandir o espectro

³⁵⁷ Nesse sentido: MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit., p. 61-62. Madureira traz à baila a precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau: “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical”. Grau observa, quanto a esse pormenor, que “não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven”, aduzindo, ao ensejo, que “a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim”, e que “não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas”. Segundo Madureira, com essas considerações, esse professor paulista rejeita “a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36).

³⁵⁸ Muitas são as concepções e as críticas realizadas à expressão “neoconstitucionalismo” para designar a fase contemporânea do constitucionalismo. E sendo preciso respeitar os limites estabelecidos no presente trabalho, preferimos evitar o uso dessa expressão, pois isso demandaria, decerto, uma abordagem sobre tal dissensão terminológica. Seja como for, é importante registrar que essa incerteza se espalha também sobre o Direito Processual, vez que os processualistas divergem sobre tal nomenclatura, havendo quem, como Eduardo Cambi, nomeie-o “neoprocessualismo” (CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683); outros, como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, definem-no como “formalismo-valorativo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 22-23); outros, por fim, como cita Fredie Didier Júnior (embora sem adotar tais concepções), alcunham-no de “neopositivismo” ou “positivismo reconstruído” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.1.17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 42-46). Importa, para nós, esclarecer ao leitor que, independentemente da terminologia adotada, partimos da premissa de que a ciência processual passa, atualmente, por uma quarta fase metodológica, em que há, conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo...*, ob.cit., p. 22-23) e Daniel Francisco Mitidiero (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009), o aprimoramento das relações entre processo e Constituição, deixando-se, aquele, de atender aos ditames frios das leis para ceder espaço às exigências do *devido processo constitucional*.

³⁵⁹ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit., p. 191.

de criação do intérprete – permitindo-lhe, em tese, um espaço de construção intelectual mais adequada ao caso concreto – traz consigo um substancial incremento do seu ônus argumentativo.

Dessa natureza flexível resulta “o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo”, como sentencia Cláudio Penedo Madureira.³⁶⁰ O panorama atual – ao ser refletido no objeto do presente estudo – evidencia, é verdade, a força normativa do princípio da supremacia do interesse público, induz ao reconhecimento de que essa norma está impregnada de elementos axiológicos, equaciona aquele déficit de cogência anteriormente atribuído aos princípios em geral, mas, em contrapartida, transfere para o plano da aplicação das normas jurídicas o desafio de se extrair deste parâmetro jurídico-positivo norma hábil a responder às necessidades do homem em sociedade. É dizer - em termos mais próximos ao que aqui pretendemos demonstrar – que o reconhecimento do princípio da supremacia do interesse público como categoria jurídica, hábil a constituir particulares em obrigações, não possui o condão de transformá-lo em dogma. A reboque da mais-valia principiológica que lhe é reconhecida no paradigma contemporâneo, tem-se o incremento do ônus argumentativo para o agente que o invoca, tarefa essa a ser desempenhada construtivamente, em atenção a imperativos dialéticos e no bojo do processo civil do formalismo-valorativo, plenamente vocacionado a esta necessária reconstrução das normas frente a casos concretos. Diz-se “vocacionado” porque, como visto, eleva o processo à posição de centralidade do desenho teórico, equipara as forças entre as partes e entre estas e o juiz, e abomina a ideia de um direito positivo suficiente para, *de per si*, distribuir a justiça.

4.3 – Elementos presentes no Código de Processo Civil de 2015 aptos a revelar que o processo judicial é método adequado para identificação do princípio da supremacia do interesse público em casos concretos.

Uma vez registrado que a atual fase metodológica do processo (formalismo-valorativo) se mostra receptiva ao conceito de supremacia do interesse público que estamos a propugnar, e restando consignado o desafio diante do qual se deparam

³⁶⁰ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 49.

os intérpretes contemporâneos no plano da aplicação de um Direito cujos enunciados são caracterizados por uma tecitura aberta e flexível, passamos a explorar os elementos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 que revelam a aptidão do processo judicial para se constituir em método adequado para a minimização dos problemas advindos da ductibilidade dos textos legais, no que se inclui, a investigação, em concreto, do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público.

4.3.1 – A amplificação da noção de contraditório e a adoção do modelo cooperativo de processo judicial.

Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, em artigo publicado no ano de 2009 – portanto, antes do advento do novo Código de Processo Civil -, já registravam opinião no sentido de que o processo, a partir dos influxos do Estado Democrático Constitucional, passava a “permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais, permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.” Para os mencionados processualistas, o contraditório não mais poderia ser encarado como mera garantia de *bilateralidade de audiência*, se circunscrevendo ao “dizer e contradizer formal das partes”, sem que isso “gerasse uma efetiva ressonância para a fundamentação das decisões judiciais”³⁶¹. Censuravam, assim, a acepção do *contraditório* como direito de uma participação processual meramente fictícia, aparente e até mesmo irrelevante no plano substancial.

Antônio do Passo Cabral, por sua vez, também antes do advento da nova codificação³⁶², admitia que o contraditório pudesse continuar sendo parcialmente compreendido à luz do binômio *informação-reação*, num contexto em que a *informação* se traduziria na obrigatoriedade de se dar ciência à parte que suportou ou que suportaria o gravame, ao passo em que a *reação* denotaria o direito conferido ao litigante de, uma vez informado, manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos nos autos. Nada obstante, Cabral também registrava,

³⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. Revista de Processo. Ano 34. nº 168. Fev/2009. São Paulo: RT, 2009. P. 107 ss.

³⁶² CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). Dicionário de princípios jurídicos. [S.l.]: Campus, 2010.

naquela oportunidade, sua preocupação quanto a essa ótica que limita o alcance do contraditório. Para este professor da UERJ, uma abrangência do contraditório que se confine aos limites da garantia de ciência-reação estaria a revelar uma visão individualista de processo, incompatível com os vetores da democracia de nosso tempo, em que o direito de participação não se vê atendido pelo simples direito de se manifestar, mas também, pelo direito de ser efetivamente ouvido³⁶³. Diante disso, sem negar a importância de se conferir o direito de ciência e de manifestação aos litigantes, Cabral julga ser também necessário que o contraditório assuma a função de nortear um “verdadeiro debate judicial, tornando possível [...] o exercício do direito de influenciar e condicionar a formação da vontade estatal”³⁶⁴. O que afirmou Cabral, portanto, é que o contraditório deve encampar os valores da argumentação e da influência, traduzindo o direito das partes de serem efetivamente ouvidas, numa clara crítica à compreensão do contraditório como participação meramente formal das partes.

Com efeito, essas lições de Antônio do Passo Cabral se amoldam às considerações tecidas por Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, que concebem o *contraditório* a partir de uma “tríplice ordem de situações subjetivas processuais” reconhecidas aos litigantes, quais sejam: a) o direito de receber adequadas e tempestivas informações; b) o direito de defender-se ativamente, e; c) o direito de pretender que o juiz leve em consideração as suas alegações e a suas provas, no momento da decisão.³⁶⁵

Conquanto não seja nosso objetivo exaurir a análise dos enunciados normativos que passaremos a mencionar neste tópico³⁶⁶, o fato é que, no plano jurídico-positivo, o Código de Processo Civil de 2015 encampa os apontamentos doutrinários sintetizados acima. Este fato é perceptível, por exemplo, no art. 489, parágrafo 1º, IV, que considera *desprovido de regular fundamentação o ato decisório que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em*

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). Dicionário de princípios jurídicos, op. cit.

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ Nesta oportunidade, importa-nos mais demonstrar que o conjunto desses textos legais está a expressar uma concepção democrática e constitucionalizada do processo, num movimento que vai ao encontro da formulação que estamos a defender, e que coloca o processo como arena adequada à correta aplicação do princípio da supremacia do interesse público.

tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Desse enunciado normativo é possível inferir que o contraditório não se restringe à bilateralidade de audiência, como um contraditório estático, que enseja a produção de decisões adotadas na perspectiva unilateral do juiz. Afinal, ao impor que o juiz enfrente todos os argumentos deduzidos pelas partes que se mostrem aptos a influenciar na formação do ato decisório, o legislador está reconhecendo, normativamente, que os sujeitos processuais se encontram em posição de simetria, inclusive no que concerne à relação entre as partes e o julgador, sendo vedado a este a prolação de *decisum* que reflita questões de fato e de direito não exploradas na tese ou na antítese. É possível identificar aqui, aliás, um reflexo da fase metodológica atual do *processo* (formalismo-valorativo), na medida em que a jurisdição deixa de se situar no centro da relação jurídico-processual, para então permitir uma configuração simétrica entre as partes e o juiz, assegurando aos “participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro dessa estrutura”³⁶⁷.

Essa noção ampliada do contraditório, que reconhece às partes o direito de substancial participação e de influência sobre o processo decisório, também resulta do disposto no art. 10³⁶⁸ e no art. 493, parágrafo único³⁶⁹, que vedam ao Poder Judiciário decidir com base em fundamentos ou fatos sobre os quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Trata-se, neste ponto, do que Fredie Didier Jr. convencionou denominar “regra da proibição de decisão-surpresa”³⁷⁰. Como assevera este processualista baiano, a dimensão substancial do contraditório – estampada no direito à efetiva participação dos litigantes - impede a prolação de

³⁶⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. Revista de Processo. Ano 34. nº 168. Fev/2009. São Paulo: RT, 2009. P. 107 ss.

³⁶⁸ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

³⁶⁹ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

³⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.1.17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 78.

decisão-surpresa, sob pena de reconhecimento de sua nulidade.³⁷¹⁻³⁷² Com efeito, o reconhecimento da nulidade de um ato decisório que não enfrenta as razões efetivamente deduzidas pelas partes – tal como preceitua o art. 489, § 1º, IV - recomenda o reconhecimento da nulidade de decisão-surpresa, prolatada sem que se confira a prévia oportunidade para que as partes ofertem as razões que consideram oportunas à defesa de suas posições jurídicas. Esse raciocínio, que se extrai do texto positivado nos artigos 10 e 493, parágrafo único, ademais, merece prevalecer mesmo quando se esteja diante de caso em que o magistrado deve decidir de ofício, pois, como observa Fredie Didier Jr., “agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes”³⁷³.

Cumprе consignar, outrossim, que o novo Código de Processo Civil passou a assumir vetores de cooperação entre juiz e partes, mediante a indução de balizas procedimentais que fortalecem esse contraditório de caráter paritário, o que se percebe não apenas nos já mencionados direitos à influência e à não surpresa (art. 10)³⁷⁴ – que também revelam, sob certo prisma, que o juiz deve cooperar com as partes na busca de uma prestação jurisdicional justa -, como também no dever de participação previsto no art. 6.³⁷⁵

Essa *colaboração* é, nas palavras de Daniel Mitidiero, um modelo que “rejeita a jurisdição como polo metodológico, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual”, para privilegiar, em seu lugar, “a própria ideia de processo como centro da teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional”.³⁷⁶ Para Mitidiero, do ponto de vista *social*, o direito ao processo justo não pode ser entendido senão como o “direito à *organização* de um processo justo”, contexto em que o modelo cooperativo assume

³⁷¹ Ibid., p. 79-82.

³⁷² Para consultar outros exemplos ofertados por Fredie Didier Jr. para vedar a “decisão-surpresa”, cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1.17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 79.

³⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.1.17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 81.

³⁷⁴ Código de Processo Civil Brasileiro de 2015: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

³⁷⁵ Código de Processo Civil Brasileiro de 2015: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

³⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo. Ano 36. Volume 194. Abril/2011.

relevância, “dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os participantes”.³⁷⁷ Sob o ângulo *lógico*, o processo cooperativo “pressupõe o reconhecimento do caráter problemático do Direito, reabilitando a sua feição argumentativa”, passando-se da “lógica apodítica para a lógica dialética”³⁷⁸. E sob o prisma *ético*, finalmente, o processo que se pauta na colaboração é um processo que se orienta “pela busca, tanto quanto possível, da verdade”, emprestando relevo não apenas à boa-fé subjetiva, mas também exigindo “de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz.” Por isso, arremata Mitidiero, “o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões”.³⁷⁹

Em linha de síntese, os mencionados dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 estão a refletir que não existe entre os sujeitos processuais submissão, mas sim, interdependência e dever de mútua colaboração, logo, sendo possível perceber que o processo se apresenta como uma garantia contra o exercício ilegítimo do interesse público ou mesmo dos interesses privados, com o fim de controlar, de garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões. Deveras, o estabelecimento de focos de centralidade (seja nas partes, seja no juiz) não se adaptaria ao perfil do Estado Democrático Constitucional. Como asseveram Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, no âmbito jurisdicional contemporâneo, privilegia-se a discussão entre todos os sujeitos processuais, sem privilégios a quaisquer deles, mediante a implementação dos direitos fundamentais, que balizam a tomada de decisões em seu aspecto formal e substancial³⁸⁰. Aposta-se na leitura do contraditório na modalidade de “garantia de influência como referente constitucional do policentrismo e da comparticipação”, em vista de que agrega, ao mesmo tempo, “o exercício da

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ Ibid.

³⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo. Ano 36. Volume 194. Abril/2011. Essa constatação é compartilhada por Cláudio Penedo Madureira, quando defende que o Código de Processo Civil constitui expressão positivada do formalismo-valorativo (MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 34.).

³⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 69-94 *passim*.

autonomia pública e privada, tornando o cidadão simultaneamente autor e destinatário do provimento”.³⁸¹

A essa altura, porém, convém questionar como esses elementos normativos presentes no Código de Processo Civil de 2015 - que nos levam à ampliação da noção de contraditório e que impõem aos litigantes o dever de cooperação - poderiam contribuir para a superação do caráter flexível do Direito, possibilitando, por essa via, a superação da flexibilidade do próprio princípio da supremacia do interesse público. Em outras palavras: como tais elementos proporcionariam a correta aplicação do direito e, por conseguinte, levariam à adequada identificação de quem tem razão no caso concreto, isto é, de qual interesse, entre as posições conflitantes, deve ser tomado como interesse público?

Para responder a tal questionamento, faz-se necessário recobrar, em breves linhas, a formulação teórica de Celso Antônio Bandeira de Mello (item 2.1), para quem o interesse público se traduz no interesse de dar respostas compatíveis com o ordenamento jurídico-positivo, não havendo, espaço, na linha do que aqui estamos a defender, para a compreensão do princípio da supremacia do interesse público como regra de preferência, como razão *prima facie* de decidir em favor da administração.

É com base neste núcleo teórico - interesse público vincado à ideia de juridicidade - que se torna possível, a um só passo, reafirmar, de um lado, a existência do princípio da supremacia do interesse público como pedra de toque do Direito Administrativo, e preservar, de outro lado, os direitos individuais em face da administração, tal como preceituam, a seu modo, os cultores da doutrina crítica, haja vista que, mantida a premissa conceitual acima delineada, o interesse buscado pelo particular também poderá, em tese, ser qualificado como interesse público, plenamente oponível à administração, desde que, para tanto, esteja legitimado pelo direito-positivo.

³⁸¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 69-94 *passim*.

O interesse público é, portanto, o interesse de aplicar corretamente o direito, o que nos conduz à necessidade de saber a quem o direito socorre no caso concreto. Ocorre, todavia, que o direito de nosso tempo é marcadamente flexível, algo que demanda dos julgadores/intérpretes a reconstrução dos enunciados normativos em face das peculiaridades de cada espécie. Nesse contexto, não há espaço para a crença de que os textos legais ofereçam respostas apriorísticas, infensas ao debate e à atividade cognitivo-reconstrutiva, sobremaneira quando a própria carga semântica do enunciado se mostra acentuadamente difusa, como sói ocorrer no caso da norma-princípio da supremacia do interesse público. Diante de tal dificuldade operativa, a adoção de um contraditório amplificado – que homenageia a dialeticidade substancial – se coaduna com a concepção de que a supremacia do interesse público não é um elemento axiomático refratário ao debate. Antes, é um conceito jurídico que exige contextualização fática e exercício dialético, de modo que se logre identificar seu alcance em determinado caso concreto.

Ao admitir que a supremacia do interesse público constitui uma norma-princípio, integrante, portanto, do arcabouço jurídico-positivo, estamos a admitir, por imperativo de coerência, que – assim como ocorre com todas as normas jurídicas, em menor ou maior grau - seu alcance deverá ser reconstruído concretamente, à luz das particularidades vivenciadas em cada litígio, o que não se lograria alcançar num contexto em que o julgador assumisse a centralidade da relação jurídico-processual, oportunizando às partes um direito de manifestação que, de resto, poderia ser ignorado ao tempo da prolação do ato decisório. A negativa do direito de influência pelas partes, seja ignorando as razões já aventadas pelos litigantes, ou seja adotando decisão-surpresa, acarreta um déficit para o potencial reconstrutivo que é inerente ao debate processual.

Oportunamente, o contraditório positivado pelo Código de Processo Civil de 2015 não se cinde àquele binômio *informação-reação*, mas sim, reconhece o direito de um contraditório substancial, receptivo à ideia de que: (i) o direito é flexível; (ii) sendo a supremacia do interesse público uma norma-princípio, integrante, pois do ordenamento jurídico-positivo, ela também apresenta flexibilidade que acarreta dificuldades no plano operativo; (iii) essa ductibilidade deve ser equacionada no bojo do processo, mediante exercício dialético entre os litigantes e entre estes e o juiz, e

não mediante regras de preferência que conduzam a uma assimetria entre as partes; (iv) no exercício da dialeticidade que lhe é ínsito, não basta informar e conceder às partes o direito de manifestação, sendo imprescindível lhes preservar o direito de influência e de não-surpresa, sob pena de nulidade do ato decisório; (v) estando os sujeitos processuais em posição de simetria, e não havendo espaço para adoção de regras de preferência, as razões aventadas no debate processual devem ser efetivamente tomadas em consideração pelo julgador, o que majora o potencial de que o princípio da supremacia do interesse público seja reconstruído de forma mais adequada ao caso concreto, algo que, em tese, também induz a uma maior probabilidade de resignação pela parte sucumbente.

De outra plana, o modelo de processo cooperativo também recepcionado pelo CPC/2015, ao pressupor o reconhecimento do caráter problemático do Direito³⁸², induz à percepção de que os métodos silogísticos puros e os modelos interpretativos calcados numa racionalidade apodítica não são adequados para auxiliar o julgador em sua tarefa de equacionar a tecitura aberta dos textos legais. Afinal, da indefinição semântica dos textos legais não se poderá extrair um sentido desprovido de equivocidade a ponto de tornar possível a utilização de um raciocínio puramente subsuntivo, calcado no paradigma lei-fato-decisão. O processo pautado na cooperação percorre, então, caminho diverso, valorizando a lógica discursiva, abrindo-se à compreensão de que o princípio da supremacia do interesse público, por ser polissêmico, deverá ser aplicado nos casos concretos a partir da consideração de que seu alcance será explicitado mediante um debate entabulado entre os opositores naquele caso concreto, e não a partir de uma fórmula interpretativa matemática ou de uma regra de preferência, como receiam os críticos à doutrina de Bandeira de Mello.

Não se deve, a propósito, nutrir a ingenuidade de que a garantia de influência sobre a formação de convicção do juiz e o dever de participação serão suficientes para afastar pré-concepções e motivações anímicas do julgador. Mesmo porque o mito da neutralidade como blindagem ao elemento anímico do juiz ignora que todo ser humano possui seus ancoramentos cognitivos. Todavia, seja qual for a

³⁸² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo. Ano 36. Volume 194. Abril/2011.

decisão a ser empreendida pelo julgador, haverá a necessidade de exaurir as razões trazidas ao processo, de modo que a cada argumento corresponda um contraponto, numa dinâmica que tende a pacificar o conflito porque as partes, ao final, não terão apenas se manifestado, mas terão acarretado ao juiz o encargo de se contrapor – ou de aceitar -, argumentativamente, as teses levantadas. Aqui, sai a crença de que textos legais são suficientes para distribuir justiça, e entra a confiança de que a justiça será construída a partir de um discurso intersubjetivamente controlável.

Em acréscimo, temos que essa assunção de uma índole substancialmente dialética e cooperativa para o processo civil, tal como positivada pela nova codificação, minimiza não apenas o já mencionado risco de proteção apriorística em favor do Poder Público. Ao menos potencialmente, esses elementos aqui mencionados e presentes no Código de Processo Civil de 2015 evitam também que julgadores adotem o outro extremo – igualmente negativo – que, a pretexto de proteger o *interesse privado em face do Poder Público*, acaba por conduzir a decisões impregnadas de arbitrariedade, desta feita, prejudiciais aos interesses da coletividade.

Refiro-me, no parágrafo anterior, aos efeitos de um *ativismo judicial* que se mostra, por vezes, desmedido. A omissão estatal em concretizar os direitos fundamentais estampados na Carta Magna se viu contrastada, é verdade, pelo processo de redemocratização do País, pela tônica da constitucionalização abrangente e pelo modelo híbrido de controle de constitucionalidade³⁸³, terreno que se mostrou absolutamente fértil para que o Judiciário assumisse função de protagonismo em matéria de concretização de direitos. No entanto, esse movimento de politização do judiciário (ou de judicialização da política)³⁸⁴, malgrado se afigure como um desdobramento inexorável do modelo constitucional brasileiro, por vezes, tem adotado a premissa equivocada de que o interesse público alegado em juízo pela administração é, necessariamente, um mero interesse econômico do Estado³⁸⁵.

³⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 20/01/2015.

³⁸⁴ Conferir críticas a essa diferenciação em: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39.

³⁸⁵ Expondo semelhante preocupação: PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A importância para Advocacia Pública de Estado para a Democracia Constitucional*. In: PEDRA, Adriano Sant'Ana; Faro, Júlio

Trata-se, pois, de uma indesejável equação subsuntiva patologicamente adotada no plano da aplicação práticas das normas, segundo a qual, se o direito é invocado pela administração pública, logo, estará gravado pela cláusula da secundariedade e, portanto, pronto para sucumbir diante dos interesses invocados pela parte *ex adversa*. Sob essa conformação, a dinâmica dialética que deveria informar todo e qualquer processo passa a perder seu valor, tornando-se despidiendas as discussões acerca do conteúdo material do direito perseguido em juízo. Seria, em outras palavras, o sacramento de uma espécie de *argumento de autoridade* às avessas, na medida em que haveria um presumido déficit persuasivo sempre que a administração pública pretendesse defender suas políticas em juízo. Note-se que a preocupação aqui externada refere-se justamente aos casos em que o magistrado pretende equacionar a tecitura aberta do vocábulo “direito fundamental” contrapondo-se à expressão “interesse público”, valendo-se, para tanto, de uma lógica dedutiva e cartesiana, de uma regra de preferência vocacionada para defender o particular, de um silogismo que adota premissas “verdadeiras” para chegar a conclusões “verdadeiras”³⁸⁶. Sob essa equivocada tônica, se a administração alega defender o interesse público, o faz enquanto pessoa jurídica de direito público e, portanto, como tutora de um propósito meramente secundário, de índole orçamentária, financeira, fiscal etc. Essa patologia, no entanto, poderá ser sanada a partir da tecnologia processual estampada na nova codificação que, recepcionando o contraditório substancial e o modelo cooperativo, revelou sua abertura democrática e a sua imposição de um raciocínio dialético que privilegia a argumentação discursiva e provável, que tem como ponto de partida as opiniões, e opiniões como ponto de chegada, alcançando-se, por meio da dialética, a verdade provável³⁸⁷.

4.3.2 – Os precedentes como balizas orientadoras da aplicação da supremacia do interesse público nos casos concretos.

Ao lado da noção amplificada do contraditório e do caráter cooperativo aos quais nos referimos no tópico anterior, tem-se a tecnologia dos precedentes que, tal

Pinheiro; Vieira, Pedro Gallo (coords.). *Advocacia Pública de Estado: Estudos Comparativos nas Democracias Euro-Americanas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 98/109.

³⁸⁶ PICARDI, Nicola. *Processo Civile. (diritto moderno)*, In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Goufrè, 1987, v. 36, p. 101-118. Apud ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. Cit., p. 69.

³⁸⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*, op. cit. p. 73-77.

como positivada no Código de Processo Civil de 2015, e na linha do que buscaremos aqui demonstrar, também possui um potencial de tornar mais objetiva a aplicação do Direito, balizando os julgadores/intérpretes na atividade de reconstrução do sentido dos enunciados normativos nos casos concretos, no que se inclui a norma-princípio da supremacia do interesse público.

Em atenção aos limites propostos nesta presente pesquisa, não pretendemos exaurir a dogmática afeta ao sistema precedentalista, com incursão, por exemplo, nos seus aspectos históricos e nas diferenças que os ordenamentos jurídicos apresentam entre si. Para o deslinde de nossa proposta, afigura-se suficiente a apresentação do modelo de precedentes nos termos em que definidos pelo legislador pátrio no Código de Processo Civil de 2015, inclusive, partindo da premissa de que os dispositivos legais que introduziram essa tecnologia gozam de presunção de constitucionalidade, estando aptos a produzir, portanto, os efeitos jurídicos que deles se espera.

Essa abordagem inicial, limitada a descrever alguns elementos conceituais elementares e a explicitar o modelo precedentalista brasileiro tal como positivado pelo legislador, auxiliará o leitor a compreender a proposição que faremos num segundo momento, no sentido de que os precedentes podem, sim, ser manejados com o propósito de tornar mais objetiva e controlável a aplicação do princípio da supremacia do interesse público.

4.3.2.1 – O modelo precedentalista brasileiro: elementos dogmáticos essenciais tal como positivados no Código de Processo Civil de 2015.

As tradições jurídicas, dentre as quais se inclui a técnica dos precedentes, não se manifestam senão mediante uma prática cultural diferida e constante, que se protraí no tempo segundo imperativos comportamentais peculiares a uma determinada sociedade, pelo que não deve subsistir a expectativa de se obter êxito a partir da importação de um modelo que não nos é próprio. Precedentes não são, nos Estados Unidos e na Inglaterra, apenas uma técnica jurídica, mas um reflexo de

todo o seu campo jurídico - para utilizar a expressão de Pierre Bourdieu³⁸⁸ –, com sua peculiar lógica interna e com códigos que lhes são caros. Como afirma Evaristo Aragão Santos, o precedente judicial precisa ser pensado a partir da nossa realidade e para ela, sendo inconveniente a mera “tropicalização” de uma teoria jurídica³⁸⁹.

Com esse propósito de pensar o precedente judicial sob a ótica de nosso ordenamento jurídico, e atento ao objetivo que definimos neste trabalho – no sentido de demonstrar que o direito processual positivado no Brasil ostenta tecnologia que permite a correta aplicação do princípio da supremacia do interesse público nos casos concretos – faz-se necessário lançar um olhar sobre a resposta normativa produzida especificamente pelo legislador pátrio com a edição do Código de 2015³⁹⁰. Para tanto, assim como fez Cláudio Penedo Madureira³⁹¹, parto da construção teórica desenvolvida por Hermes Zaneti Júnior na obra “O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes”³⁹² porque este professor da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, para além de se alinhar ao referencial teórico do formalismo-valorativo que adotamos no presente trabalho, se dedica à elaboração de uma teoria dos precedentes especialmente formatada para o caso brasileiro. No ponto, aliás, observo que Zaneti, em linhas introdutórias, posiciona sua teoria dos precedentes no plano da argumentação jurídica e acena com a possibilidade de que os precedentes, especialmente formatados para o caso brasileiro, debelem práticas contemporâneas que considera equivocadas, tais como como o ativismo judicial desmedido e o *panprincipialismo*³⁹³, “verdadeira válvula de abertura do ordenamento jurídico”. Essas preocupações, sob

³⁸⁸ Cf.: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

³⁸⁹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do Conceito e da Formação do Precedente Judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1ª e. p. 137. Nesta passagem, o autor chega a sugerir que adotemos como paradigma o modelo implantando no Estado da Lousiana, conhecido como um Estado de civil law numa nação de common law, usando expressão de Mary Garvey Algero, in “*The sources of law and the value of precedente: a comparative and empirical study of a civil law state in a common law nation*”. Lousiana Law Review, n. 2, vol. 65, p. 775.

³⁹⁰ Não se olvida, todavia, que a aplicação dos precedentes no Brasil já era constatada mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido: MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 129.

³⁹¹ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit, p. 159.

³⁹² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Jus Podvim: Salvador, 2016. 2. ed.

³⁹³ STRECK, Lênio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 18 de maio de 2017.

certo prisma, também se encontram presentes em nosso trabalho, na medida em que a investigação quanto ao que seja interesse público no caso concreto, segundo estamos a defender, demanda o exercício da argumentação jurídica defendida por Zaneti, em ordem a afastar a ideia de uma mera regra de preferência, ou seja, de um elemento axiomático desprovido de carga normativa (o que relegaria a supremacia do interesse público à condição de mero produto do panprincipalismo). De outra plana, como já consignamos no item 4.3.1, é necessário refrear os eventuais excessos do ativismo judicial, sob risco de se configurar uma inversão no polo da desigualdade que a doutrina crítica reputa existir, adotando-se regra de preferência, desta feita, em favor do interesse privado (o que faria presumir um déficit persuasivo sempre que a administração pública estivesse a defender suas políticas em juízo). Nesse contexto, o precedente se constitui, consoante demonstraremos a seguir, em baliza interpretativa para os julgadores, minimizando os prenunciados riscos deste ativismo judicial por vezes excessivo.

A fim de simplificar seu discurso, Zaneti inicialmente esclarece o emprego das expressões “caso-precedente, caso-atual e caso-futuro”, para distinguir respectivamente “o caso que gerou a fundamentação fático-jurídica a ser utilizada, o caso em que esta será considerada ou aplicada e a preocupação com a universalização das razões de decidir para os futuros casos análogos”.³⁹⁴ Em seguida, este professor conceitua o precedente como “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”³⁹⁵, consignando, a propósito, que “no momento da aplicação deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente”³⁹⁶. O precedente é, nesta ordem de ideias, “solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* somados à solução dada para o caso) com o caso-atual”.³⁹⁷

A essa altura, Zaneti diferencia os *precedentes* da *jurisprudência*, registrando que aqueles, ao contrário desta, não se traduzem em meras tendências decisórias

³⁹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 303.

³⁹⁵ Ibid., p. 305.

³⁹⁶ Ibid., loc. cit.

³⁹⁷ Ibid., p. 304-306.

do tribunal. Constituem, diversamente, a própria decisão (ou decisões) do tribunal a respeito da matéria³⁹⁸ e, sob esta condição, passam a ser de observância obrigatória (vinculante) todas as vezes que a mesma matéria venha a ser debatida em casos considerados análogos pelo próprio órgão julgador (vinculação horizontal) ou pelos tribunais inferiores e juízes que lhe estão submetidos hierarquicamente (vinculação vertical). A *vinculação horizontal*, segundo Zaneti³⁹⁹, se faz perceptível no *caput* do artigo 926⁴⁰⁰ do CPC/2015, ao prescrever que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, o que impõe aos tribunais o dever de aplicar seus próprios precedentes, tendo um ônus argumentativo agravado no caso em que reputar necessária a modificação. De outro lado, a *vinculação vertical* restou positivada no artigo 927, inciso V⁴⁰¹, quando estabelece que os juízes e tribunais estarão vinculados à “orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Essa vinculação, porém, seja ela vertical ou horizontal, não decorre do *precedente* propriamente dito, mas da *ratio decidendi* (ou *holding*)⁴⁰² que nele está contido. Como observou Madureira, a partir da lição de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁴⁰³, a *ratio decidendi* corresponde especificamente “aos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, que carregam a opção hermenêutica adotada no julgamento do caso paradigma”⁴⁰⁴, constituindo-se na tese jurídica empregada para decidir o caso concreto⁴⁰⁵. Assim, esclarece Madureira, “diversamente do que se verifica na imposição de uma decisão judicial às partes envolvidas no conflito em que foi proferida, que se tornam vinculadas ao que se expressou na sua parte dispositiva”, quando se cogita da “aplicação de precedentes

³⁹⁸ Para outros elementos de diferenciação entre precedentes e jurisprudência, cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 308-310..

³⁹⁹ Ibid., p. 353-354.

⁴⁰⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁴⁰¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁴⁰² Para uma diferenciação entre *ratio decidendi* e *holding*, cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 304, nota de rodapé nº 44.

⁴⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2, op. cit., p. 350.

⁴⁰⁴ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit., p. 173.

⁴⁰⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito* apud MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit., p. 173.

o que vincula os julgadores são os fundamentos do julgamento que solucionou o caso paradigma (*ratio decidendi*)”⁴⁰⁶. Hermes Zaneti Júnior identifica no art. 489, § 1º, inciso V do CPC/2015⁴⁰⁷ a decisão política do legislador em positivizar o conceito e a aplicação da *ratio decidendi* em nosso modelo de processo, na medida em que não pode ser considerada fundamentada uma decisão que se limita a invocar precedente, “sem identificar seus fundamentos determinantes”⁴⁰⁸. Para Zaneti, na disciplina do CPC/2015, a *ratio decidendi* é estabelecida a partir da identificação dos fundamentos determinantes da decisão, sendo aplicável ao caso-atual quando houver “unicidade fático-jurídica” com o caso-precedente.⁴⁰⁹ Em uma interpretação *contrario sensu*, Zaneti arremata no sentido de que “tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constituir fundamentos determinantes, será *obiter dictum*, portanto, sem efeito vinculante.”⁴¹⁰⁻⁴¹¹

Este professor da UFES refere-se também ao tratamento normativo que o legislador pátrio conferiu ao *distinguishing*, especificamente no art. 489, § 1º, VI⁴¹², quando afirma que não será considerada fundamentada a decisão que deixar de seguir o precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento, o que importa dizer, *contrario sensu*, que “demonstrada esta distinção não é obrigatória a observância do precedente”⁴¹³. E, por fim, Zaneti menciona o *overruling* que, no plano jurídico-positivo restou recepcionado no art. 489, § 1º, inc.

⁴⁰⁶ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit., p. 173.

⁴⁰⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus *fundamentos determinantes* nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (grifamos).

⁴⁰⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, op. cit. p. 351.

⁴⁰⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, op. cit. p. 351.

⁴¹⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, op. cit., p. 352.

⁴¹¹ Nesse sentido, aliás, o Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece que “os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante”.

⁴¹² Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁴¹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, op. cit., p. 355.

VI e no art. 927, §§ 2º e 4º⁴¹⁴. Em conjunto, tais dispositivos permitem inferir que os precedentes não são imutáveis, podendo, portanto, ser modificados, alterados ou superados pelo tribunal que os estabeleceu ou por tribunal superior⁴¹⁵, desde que, para tanto, os julgadores se desincumbam do ônus argumentativo de afastar a presunção de aplicabilidade do precedente examinado.

Até aqui, registrou-se, em apertada síntese, a forma com que o legislador pátrio recepcionou as construções dogmáticas que, nuclearmente, auxiliam na compreensão dos precedentes no caso brasileiro: vinculação vertical e horizontal, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distiguishing* e *overruling*⁴¹⁶. Os exercícios intelectivos que passaremos a propor, em que restarão conjugadas as temáticas dos precedentes e do princípio da supremacia do interesse público, deverão ocorrer à luz desse modelo especificamente delineado pelo legislador para o caso brasileiro.

4.3.2.2 – Espécies de precedentes que constituem balizas orientadoras para a aplicação do princípio da supremacia do interesse público nos casos concretos: uma resposta à luz da classificação proposta por Hermes Zaneti Júnior quanto ao grau de vinculação dos precedentes.

Decisões judiciais no Brasil, segundo nos ensina Zaneti, podem se apresentar ora como *precedentes*, ora como *jurisprudência persuasiva*. O traço distintivo entre essas duas espécies é a ocorrência de força vinculante apenas para aqueles, ao passo em que a jurisprudência persuasiva é meramente qualificada como

⁴¹⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese; [...] § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

⁴¹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 355.

⁴¹⁶ A esses elementos explicativos essenciais, podemos somar ainda o conceito de *stare decisis* que, segundo Zaneti, “é uma expressão latina que significa, literalmente, ‘concordar com ou aderir a casos já decididos’”. Segundo este processualista, “em direito esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes”, num contexto em que, “quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares” Conforme Zaneti, “a prática judicial do *stare decisis* conduz aos precedentes judiciais, o que significa que as decisões dos tribunais adquirem um valor normativo de precedentes para os casos-futuros em que sejam identificadas as mesmas circunstâncias de fato e de direito” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 310-312).

meramente “empírica, *de facto*, baseada nas razões ou conteúdo das decisões e, portanto, sem eficácia normativa”,⁴¹⁷ revelando simples tendência decisória cuja inobservância não inquinará o ato decisório de nulidade, pelo que não se encaixa na categoria *precedente*. Portanto, em simples palavras, precedentes têm caráter normativo e jurisprudência persuasiva tem caráter meramente argumentativo.

Este primeiro apontamento pode ser testado a partir da análise do artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI, que considera não fundamentada a decisão judicial que *deixa de seguir* enunciado de súmula, *jurisprudência* ou *precedente* invocado pela parte. Façamos um raciocínio à luz da diferenciação proposta por Zaneti, em que *precedente* constitui espécie diversa da *jurisprudência*. No ponto, chamamos inicialmente a atenção do leitor para a expressão *deixar de seguir* que, evidentemente não deve ser interpretada como *deixar de anuir*, *deixar de concordar*, afinal, seria absurdo admitir que o julgador está obrigado a assentir com as razões apontadas por uma parte ou pela outra. A expressão *deixar de seguir* está ali empregada no sentido de *deixar de enfrentar*, *deixar de examinar*. Feito este esclarecimento, é possível indagar qual é a correta interpretação dos vocábulos *jurisprudência* e *precedente* ali inseridos⁴¹⁸. E, preservadas as lições de Zaneti, consideramos que precedente reflete a ideia de um elemento normativo vinculante, ao passo em que jurisprudência se traduz como elemento meramente argumentativo não vinculante. Disso resultam metodologias diferentes de exame/enfrentamento pelo juiz quanto às razões formuladas pela parte: se elas se colocam como *precedente*, o juiz deve enfrentar a *ratio decidendi* que lhe compõe; se elas se colocam como *jurisprudência*, o juiz deve enfrentá-la como mais uma argumentação dentre tantas outras possíveis, que carrega em si uma pretensão de persuasão, mas que não necessariamente vincula o julgador.

⁴¹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 324-325.

⁴¹⁸ Não nos referimos ao “enunciado de súmula”, expressão também presente no dispositivo, porque, como veremos adiante, o enunciado de súmula é qualificado, conforme o caso, como exemplo de *precedente normativo vinculante* ou *precedente normativo formalmente vinculante*, pelo que já se considera contemplado neste nosso raciocínio. Seja como for, conquanto a redação do dispositivo não seja primorosa, é razoavelmente sustentável admitir que “enunciado de súmula” não está ali colocado não com inutilidade, mesmo porque a lei não contém elementos inúteis. A expressão se apresenta neste texto legal como exemplo específico de precedente, embora com ele não se confunda.

Essa primeira ordem de ideias já nos permite responder, em parte, à indagação proposta neste tópico: não sendo a jurisprudência persuasiva um elemento normativo e não se revestindo da condição de precedente, logo, seu valor para a investigação do conteúdo do interesse público nos casos concretos é *fraco*, uma vez que, conquanto possa contribuir para a formação da convicção do julgador num contexto de dialeticidade, se insere apenas no plano argumentativo, sem trazer consigo uma obrigação de observância, uma presunção a seu favor, ou, em simples palavras, um caráter vinculante para o juiz.

A classificação proposta por Hermes Zaneti Júnior, todavia, não para por aqui. Dentre as subespécies dos *precedentes*, o processualista afirma existir formas diferenciadas de manifestação da vinculatividade que lhes é inerente. Zaneti refere a existência (i) de *precedentes normativos vinculantes*, (ii) de *precedentes normativos formalmente vinculantes* e (iii) de *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*⁴¹⁹.

Consoante síntese formulada por Cláudio Penedo Madureira⁴²⁰, Zaneti ensina que os (i) *precedentes normativos formalmente vinculantes* e os (ii) *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* são aqueles que resultam do artigo 927 do CPC/2015. Em ambos “a vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo *previsto em lei*” (por isso, *formalmente* vinculantes), o que “reforça a presunção a favor dos precedentes através da obrigatoriedade legal de seguir os próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical)”⁴²¹. A diferença entre eles é que os primeiros (*precedentes normativos formalmente vinculantes*) “possibilitam a impugnação por via recursal das decisões que não seguirem o precedente, com base na não observância”⁴²², enquanto que os outros (*precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*) “possibilitam a impugnação por via recursal (via ordinária)” e também “por via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per*

⁴¹⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 325-326.

⁴²⁰ MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*, op. cit, p. 165-166.

⁴²¹ Ibid.

⁴²² Ibid.

saltum (via extraordinária)⁴²³, por exemplo, por meio da apresentação de reclamação por descumprimento de súmula vinculante⁴²⁴. Segundo Zaneti, “no Brasil, atualmente as decisões fortemente vinculantes são as cristalizadas em súmulas vinculantes e as decorrentes de ações de controle de constitucionalidade concentrado”⁴²⁵ (*precedentes normativos vinculantes fortes*); *as demais decisões referidas no artigo 927 do novo código* (decisões proferidas pelo STF e STJ em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, decisões exaradas por esses Tribunais de Cúpula no contexto do julgamento de recursos repetitivos, súmulas não vinculantes por eles editadas e decisões adotadas por seu plenário/órgão especial) *formam precedentes normativos formalmente vinculantes*.

A terceira subespécie formulada por Zaneti, denominada (iii) *precedentes normativos vinculantes*, apresenta vinculatividade que não resulta de imposição normativa formal (ou seja, não se impõe em virtude de disposição expressa de lei), motivo pelo qual não recebem o predicado “formalmente vinculantes”. Sua vinculatividade advém da circunstância de o ordenamento jurídico reconhecer “o papel de cortes supremas às cortes de vértice” e de levar “a sério os seus tribunais e suas decisões”, o que configura “uma ‘presunção a favor do precedente’, de cunho normativo, muito embora não conte com uma previsão formal (legal) de vinculatividade expressa e explícita dos textos legais”.^{426_427_428}

⁴²³ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo, op. cit., p. 165/166.

⁴²⁴ Ibid.

⁴²⁵ Ibid

⁴²⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 325.

⁴²⁷ Sobre o papel das Cortes Superiores e das Cortes Supremas, neste modelo brasileiro de precedentes, cf.: MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁴²⁸ Daniel Mitidiero, na mesma linha, concorda que existem precedentes cuja vinculatividade não depende de manifestação específica do direito positivo. Vejamos: “A força do precedente judicial [...] é consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente, portanto, resulta da consideração do ordenamento jurídico como um todo e, especialmente, do valor que deve ser dado à igualdade e à segurança jurídica. Isso quer dizer que a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinado direito positivo eventualmente reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 78).

Diante dessa diferenciação proposta por Hermes Zaneti Júnior, que qualifica os precedentes em função do seu grau de vinculatividade, urge questionar quais dessas mencionadas subespécies (i, ii ou iii) se constituiriam em balizas orientadoras para a aplicação do princípio da supremacia do interesse público nos casos concretos, ao que respondemos: considerando que estas três subespécies ostentam, a seus respectivos modos, caráter normativo, revestindo-se todas elas da condição de precedente, logo, o valor que lhes deva ser reconhecido para a investigação do conteúdo do interesse público nos casos concretos é *forte*, uma vez que se inserem não apenas no plano argumentativo, mas também no plano normativo, trazendo consigo uma obrigação de observância, uma presunção a seu favor, ou, em simples palavras, um caráter vinculante para o juiz⁴²⁹.

E afirmamos esse valor dos precedentes, em sentido forte, para o exame do interesse público no caso concreto porque eles se colocam como fechamento do processo cognitivo-reconstrutivo inaugurado pelos intérpretes. É o que buscaremos explicar mais adiante, no subitem 4.3.2.4. Antes, porém, julgamos oportuno situar os precedentes na dimensão da igualdade e da segurança jurídica.

4.3.2.3 – Precedentes na dimensão da igualdade e da segurança jurídica: uma forma de justificar a imprescindibilidade dos precedentes no processo de reconstrução em concreto do princípio da supremacia do interesse público.

Relatamos no item 4.2 o caráter problemático do Direito de nosso tempo, circunstância que decorre também da indeterminação semântica dos enunciados normativos que integram o sistema jurídico-positivo. Como assevera Luiz Guilherme Marinoni, por mais perfeita que a construção lingüística dos textos legais possa parecer, a “norma – compreendida como texto legal – tem, em menor ou maior

⁴²⁹ Esclareça-se que mesmo os *precedentes normativos vinculantes* que, como visto, não extraem sua vinculatividade a partir de uma imposição legal formal e expressa, mas da interpretação sistemática do ordenamento (pelo que não se consideram como *formalmente vinculantes*), apresentam natureza normativa, de observância cogente, uma vez que todo precedente é norma, conforme a classificação de Zaneti retro mencionada. Nesse sentido, cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 293 ss.

latitude, significado equívoco e indeterminado, e, assim, abre oportunidade a uma ampla variedade de interpretações”.⁴³⁰

Essa acentuada plasticidade do nosso Direito torna impossível “admitir a existência de uma pauta racional capaz de fazer com que todos os juízes cheguem a uma mesma decisão, ainda que estejam diante de casos substancialmente iguais”⁴³¹. Essa circunstância traz consigo inegável potencial de ofensa ao princípio da igualdade que também informa o nosso sistema jurídico. Nesse contexto, mesmo reconhecendo que a vagueza dos textos legais não se apresenta senão com o objetivo de permitir o tratamento de particularidades concretas e de novas situações, inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da norma, faz-se necessário lançar mão de mecanismos processuais que assegurem que casos iguais sejam tratados da mesma forma (*treat like cases alike*).

Examinando esta necessidade de contenção do arbítrio dos julgadores, Marinoni defende, por exemplo, que o conceito de “igualdade diante da jurisdição”, para além de contemplar as usuais dimensões da “igualdade de tratamento no processo”, da “igualdade de acesso” e da “igualdade quanto ao procedimento e à técnica processual”, deve também garantir uma *igualdade diante das decisões judiciais*.⁴³² Com efeito, a garantia de acesso equânime aos processos e a oferta de um tratamento isonômico no decurso processual, conquanto imprescindíveis, não se fazem suficientes para impedir que decisões judiciais se mostrem eivadas de arbitrariedade em virtude, por exemplo, de seu eventual descompasso com outras decisões tomadas em casos análogos. Como observa este professor paranaense, “não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa”⁴³³. O direito ao processo justo é satisfeito com a “realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório”.⁴³⁴ Mas a legitimação da jurisdição “não

⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. Disponível em: www.marinoni.adv.br/wp-content/.../O-Precedente-na-Dimensão-da-Igualdade.docx. Acesso em: 14 de abril de 2017.

⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. Disponível em: www.marinoni.adv.br/wp-content/.../O-Precedente-na-Dimensão-da-Igualdade.docx. Acesso em: 14 de abril de 2017.

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. Op. cit.

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Ibid.

depende apenas da observância destes direitos e nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material”, sendo imprescindível pensar em uma “legitimação pelo conteúdo da decisão”.⁴³⁵

Diante disso, há a necessidade de se caracterizar as decisões judiciais como resposta do sistema jurídico, de onde ela retirará coerência, e não simplesmente como ato volitivo de um julgador singularmente considerado. Como afirma Marinoni, a decisão deve ser vista “como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz”, de modo que “a racionalidade [e a igualdade] da decisão esteja ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu”.⁴³⁶ É com suporte nesse raciocínio que se poderá garantir que a atividade reconstrutiva da norma-princípio da supremacia do interesse público naquele caso concreto esteja a refletir, efetivamente, a resposta do sistema para situações análogas, num contexto em que a decisão proferida goza de legitimidade seja na perspectiva interna do processo, ou seja no cotejo com o ordenamento sistemicamente considerado.

Para Zaneti Júnior, os precedentes surgem nesse contexto como mecanismo disponibilizado pelo processo civil brasileiro com vistas a evitar a multiplicidade de interpretações judiciais para casos semelhantes. Segundo este processualista, a vinculatividade dos precedentes “reduz o espaço de discricionariedade dos juízes e ao mesmo tempo garante mais racionalidade, previsibilidade e igualdade no direito”⁴³⁷. Percebe-se também aqui, ainda que implicitamente, a mesma preocupação nutrida por Marinoni no sentido de que a plasticidade e a indeterminação semântica que caracteriza o direito de nosso tempo trazem o risco de que a interpretação reconstrutiva exercida pelos julgadores esteja submetida a balizas excessivamente largas, ensejando espaço para atos decisórios arbitrários. Ao considerar que os precedentes diminuem o espectro de liberalidade conferido aos julgadores, Zaneti está com isso dizendo que os precedentes contribuem para a preservação da igualdade que informa nosso sistema, uma vez que tendem a uniformizar o tratamento dispensado a casos substancialmente iguais.

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. Disponível em: www.marinoni.adv.br/wp-content/.../O-Precedente-na-Dimensão-da-Igualdade.docx. Acesso em: 14 de abril de 2017.

⁴³⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 294 ss.

Abordando, de outro turno, a questão dos precedentes sob o prisma da *segurança jurídica*, Marinoni recobra a tradição do *civil law* que aspirava por enunciados legais cuja construção linguística seria inequívoca, não deixando margem de dúvidas para os intérpretes no plano operativo. O processualista consigna, porém, que o *civil law* se viu diante de “uma hiperinflação de leis especiais e de regras processuais de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador”, o que tornou sem sentido “a ideia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis”⁴³⁸. As próprias “leis” (*rectius*, textos legais), *de per se*, ensejam dubiedade, pelo que não representam, isoladamente, a garantia de previsibilidade que se espera do sistema. Por isso, afirma Marinoni, “a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial”, o que nos conduz, ainda, à conclusão de que também “a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato”⁴³⁹. Mesmo porque “pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais.”⁴⁴⁰

Partindo da premissa de que texto e norma não se confundem e que a atividade interpretativa exige a invocação de razões para outorga de sentido ao texto, Daniel Mitidiero chega a conclusões semelhantes àquelas defendidas por Marinoni e Zaneti. De um lado, entende que a *igualdade* deve ser pensada tendo como referência as normas que são reconstruídas a partir dos textos legislativos no processo de interpretação. Se texto e norma não se confundem, logo, assevera Mitidiero, “é insuficiente garantir a igualdade de todos perante a lei - pressupondo-se que esta tenha em si uma única norma intrínseca”-, motivo pelo qual “a igualdade deve ser dimensionada e promovida a partir do produto da interpretação”⁴⁴¹. Seguindo em seu raciocínio, este jurista reconhece que também a *segurança jurídica* é “um problema argumentativo, ligado à cognoscibilidade dos sentidos que os enunciados jurídicos podem apresentar mediante um processo lógico-interpretativo

⁴³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>. Acesso em 18 de abril de 2017.

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 77.

de interpretação”. Sob este prisma, a segurança jurídica não seria, portanto, um problema ligado ao sentido prévio do texto, mas à “estrutura da atividade interpretativa para individualização, valoração e escolha de sentido”. Nesses termos, proteger a segurança jurídica, arremata Mitidiero, é “viabilizar a cognoscibilidade do Direito”. Ao deslocar o foco da igualdade e da segurança jurídica para o plano da interpretação do Direito, este processualista gaúcho acaba por conferir aos precedentes o status de “derradeiro garante da igualdade e da cognoscibilidade do Direito”, na medida em que os precedentes são, em última análise, “fruto da reconstrução do sentido da lei”.⁴⁴²

Contextualizando essas preocupações externadas por Marinoni e Zaneti com o tema do princípio da supremacia do interesse público, é possível verificar que a garantia de um processo cooperativo e receptivo à ideia de contraditório substancial, tal como defendemos no item 4.3.1, a par de ser imprescindível e de permitir que os sujeitos processuais construam democraticamente o sentido da norma naquele caso concreto, não garante, por si só, a necessária coerência entre o *decisum* proferido na espécie e as decisões proferidas em casos análogos, o que revela o risco de que a solução quanto ao que deva ser reputado como interesse público no caso concreto seja aceita pelas partes litigantes, mas não seja compatível com o ordenamento sistemicamente considerado. Daí porque a necessidade de que os precedentes, em acréscimo aos elementos do contraditório ampliado e do processo cooperativo, se coloquem como fechamento do processo reconstutivo inaugurado pelos intérpretes, na linha do que doravante será exposto.

Ao reafirmar, com Luiz Guilherme Marinoni, Hermes Zaneti Júnior e Daniel Mitidiero, que os precedentes se prestam a preservar a igualdade e a segurança jurídica, procuramos induzir a compreensão de que o método cognitivo-reconstutivo que se deve operar em relação ao princípio da supremacia do interesse público nos casos concretos, não se faz suficiente com a tão só dialeticidade entabulada entre os litigantes e de forma intrínseca ao processo. Imperioso que os sujeitos processuais, em particular o juiz, voltem olhos para a resposta do sistema jurídico, entendida como tal a resposta que o Direito deve ofertar para todo e qualquer caso

⁴⁴² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 78.

que guarde identidade fático-jurídica com a espécie examinada. Sob este prisma, o precedente judicial se apresenta como válvula entre o debate estabelecido no bojo de um dado processo e aquilo que o sistema jurídico considera como resposta adequada para casos análogos, numa relação circular em que o caso-precedente constituirá baliza para o debate ocorrido no caso-presente, ao passo em que o caso-presente poderá operar na densificação da *ratio decidendi* extraída do caso-precedente.

Essa reconstrução cognitiva do princípio da supremacia do interesse público se aperfeiçoará, portanto, mediante o exercício argumentativo realizado internamente entre as partes litigantes, mas sem perder de perspectiva a necessidade de uma comunicação externa em que a resposta produzida naquela espécie também se justifique racionalmente diante do ordenamento. Nesse contexto, a técnica dos precedentes positivada pelo CPC/2015 se constitui em mecanismo capaz de produzir previsões e qualificações jurídicas unívocas, mas, no que importa mais detidamente para nosso trabalho, se apresentará como tecnologia apta a diminuir o arbítrio do julgador, obrigando-o a ofertar uma decisão que concretize o interesse público de forma sistemicamente racional, igualitária e previsível.

4.3.2.4 – Influência dos precedentes na aplicação do princípio da supremacia do interesse público: a função de fechamento do processo reconstutivo inaugurado pelos intérpretes/julgadores.

A polissemia dos enunciados normativos, em geral, impõe à jurisdição a necessidade de “tomar verdadeiras decisões ao longo do processo de interpretação, que devem ser idoneamente justificadas interna e externamente”⁴⁴³. Daniel Mitidiero enxerga nesse processo interpretativo uma verdadeira “obra de reconstrução semântica”.⁴⁴⁴

Ocorre que esse potencial reconstutivo da atividade interpretativa será tanto maior quanto mais indeterminada for a carga semântica da norma objeto da reconstrução. O problema da definição do que deva ser considerado interesse

⁴⁴³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 73.

⁴⁴⁴ Ibid., loc. cit.

público nos casos concretos se coloca exatamente nessa dimensão, caracterizada pela acentuada pluralidade de sentidos, circunstância capaz de ensejar, no plano abstrato, inúmeras conjecturas quanto ao seu alcance normativo. Nesse sentido, não seria exagero afirmar que a reconstrução interpretativa da norma-princípio da supremacia do interesse público é tão variável quanto forem as possibilidades de aplicação do próprio direito.⁴⁴⁵

É nesse contexto que se faz necessário identificar o precedente como uma tecnologia que o Direito Processual Civil oferta aos intérpretes para que este exercício intelectual se torne racional e controlável. Em se tratando de uma norma dotada de alto grau de plasticidade semântica, afigura-se imprescindível a fixação de balizas interpretativas que sejam tendentes a estabilizar o conceito de interesse público e de sua supremacia. O precedente deve atuar neste plano como meio de determinação, de objetivização da norma, acarretando, ao final do processo reconstrutivo, um enriquecimento do sistema jurídico mediante fixação de sentido normativo àquilo que, no plano da abstração, se mostrava equívoco.

A doutrina jurídica⁴⁴⁶ reconhece nos precedentes essa capacidade de incrementar a racionalidade do sistema jurídico. Segundo afirma Hermes Zaneti Júnior, o precedente “completa o círculo de interpretação jurídica, propondo um ulterior fechamento do discurso jurídico”⁴⁴⁷. Sua metodologia é fundada na regra da universalização, ou seja, “no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos

⁴⁴⁵ A excessiva indeterminação semântica do princípio sob estudo, porém, não lhe retira o caráter de norma. A esse respeito, recobramos os apontamentos feitos no Capítulo 3.

⁴⁴⁶ Hermes Zaneti Junior (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 334-335) explica que grande parte da doutrina defende que o modelo de precedentes é racional porque fundado na regra da universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis, aplicáveis a casos futuros e análogos. Dentre esses doutrinadores, Zaneti menciona: Marina Gáscon (GÁSCON, Marina. *Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self-precedent*, p.39); Neil MacCormick; Frederick Schauer (SCHAUER, Frederick. *Precedent*, p. 595-596); Martin Kriele (KRIELE, Martin. *Il precedente nell'ambito giurudico europeo-continentale e angloamericano*, p. 521); Michele Taruffo; Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero; (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: RT, 2015, vol. 2, p. 613); Dierle Nunes e Thomas Bustamante (BUSTAMANTE, Thomas. *Finding analogies between cases*, p. 68).

⁴⁴⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 334.

análogos futuros”⁴⁴⁸. Por isso, registra Zaneti Júnior, “os casos-precedente não são ou não devem ser formados para a solução apenas do caso concreto, mas de todos os casos em análoga situação”.⁴⁴⁹

Esse controle de racionalidade, inerente aos precedentes em virtude de sua pretensão de universalização, ao se irradiar para a teoria da supremacia do interesse público tem o condão de contribuir para a definição sobre a quem o interesse público socorre (à administração ou ao administrado), na medida em que se coloca como fechamento do processo cognitivo-reconstrutivo inaugurado pelos litigantes e pelo julgador naquele caso concreto. Recobramos que o caráter problemático do direito, no que se inclui a supremacia do interesse público, faz possível a extração de múltiplos sentidos semânticos, o que poderia potencializar a proliferação de decisões arbitrárias, por exemplo, valendo-se o julgador de regra de preferência axiomática e infensa ao debate, seja em favor do Poder Público ou do particular. O precedente, todavia, para além de pavimentar o caminho da comunicação entre o caso concreto e os vetores de igualdade e de segurança jurídica – termos que devem ser aqui apreendidos sistemicamente -, impõe um pesado ônus argumentativo aos debatedores. Numa perspectiva interna, os intérpretes se vinculam normativamente ao caso-precedente, não lhes sendo permitido ignorar a *ratio decidendi* paradigmática, senão mediante demonstração argumentativa, racional e interssubjetivamente controlável, de que ela mereça ser afastada (*overruling*) ou distinguida (*distinguishing*). Na perspectiva externa, por sua vez, a construção hermenêutica operada pelos intérpretes não se ocupará apenas de equacionar o litígio então estabelecido, mas também deverá ser formatada a partir da pretensão de universalização, criando uma solução jurídica a ser aceita em todos os casos futuros que, com o caso-presente, guarde identidade fático-jurídica. É nesse sentido de controle de racionalidade do discurso jurídico que se pode afirmar que os precedentes se constituem em fechamento, em limitação, em balizamento, para a investigação do conteúdo do interesse público e de sua supremacia nos casos concretos.

⁴⁴⁸ Ibid., loc. cit.

⁴⁴⁹ Ibid., loc. cit.

Feitos esses apontamentos, é possível reduzir nossas proposições à seguinte ideia-chave: a norma-princípio da supremacia do interesse público se traduz como o interesse de produzir respostas aderentes ao direito positivo que, em nosso tempo, possui caráter acentuadamente polissêmico. Essa indeterminação semântica do direito (e, por conseguinte, da norma-princípio em estudo) não se faz equacionada mediante manejo de razões *prima facie* de decidir (regras de preferência), nem tampouco por meio da invocação abstrata e etérea do caráter democrático do Direito Administrativo, mas sim, mediante a reconstrução do sentido do *interesse público* à luz do caso concreto e no bojo do processo judicial, desafio que reputamos melhor equacionado no contexto do novo Código de Processo Civil (i) que é vocacionado para a argumentação e para o reconhecimento da tessitura aberta dos textos legais; (ii) que amplifica a noção do contraditório, conferindo às partes o direito de efetiva influência no julgamento; (iii) que recepciona a ideia de comparticipação e de simetria entre os sujeitos processuais; (iv) e que consagra o mecanismo de precedentes, tecnologia que se coloca como fechamento à atividade de interpretação reconstrutiva inaugurada pela partes, potencializando a racionalidade do ato decisório à vista do ordenamento sistemicamente considerado.

CONCLUSÕES

1) Permaneceu irrefutada, durante décadas, a *doutrina tradicional* de Celso Antônio Bandeira de Mello, vinculada à ideia de que o *princípio da supremacia do interesse público* constitui *pedra de toque* do regime jurídico-administrativo. Para este professor paulista – que, no particular, foi amplamente acatado pela doutrina brasileira - a preponderância do interesse público assume posição central no desenho de um regime jurídico especificamente edificado para regular as relações entre Estado e administrados, de modo que a negativa da existência do princípio da supremacia do interesse público corresponderia à negativa da própria existência do regime jurídico-administrativo.

2) A aceitação do princípio em epígrafe, porém, já não mais subsiste sem alguma tensão doutrinária, estabelecida a partir das críticas recentemente dirigidas àquela concepção tradicional. Houve alguma insurgência, entre nós, contra a teoria de Bandeira de Mello, sob o argumento central de que sua incidência era atentatória aos postulados do Estado Democrático de Direito e à proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

3) É possível notar que o desacordo doutrinário acima descrito origina-se a partir da desconsideração, no plano metodológico, do conceito de *interesse público* historicamente formulado por Bandeira de Mello, que sempre foi fiel à ideia de que o interesse público somente será preservado quando restar corretamente observada a juridicidade, ou seja, quando houver a correta aplicação do direito positivo. Segundo a concepção tradicional capitaneada por este professor da PUC/SP, a primazia do interesse público não corresponde a uma solução *prima facie* em favor dos interesses do Poder Público – tal como entendem os adeptos da teoria crítica -, mas, diversamente, traduz-se na ideia-chave de que atender o interesse público é bem aplicar o direito, ainda que disso resulte a frustração de interesses secundários eventualmente reivindicados pela Administração e não aderentes à juridicidade.

4) Se o interesse público corresponde, na linha do que demonstramos neste trabalho, a uma correta aplicação do direito, a sua supremacia sobre os interesses secundários (propugnada pela doutrina tradicional) não se contrapõe, em concreto, à realização dos direitos subjetivos assegurados aos indivíduos pelas leis e pela Constituição (como sustentam, a seu modo, os adeptos da doutrina crítica). A ideia de um interesse público supremo se confunde, assim, com a observância da própria juridicidade, de modo que o interesse público passa a ser traduzido a partir da ideia do interesse de conceder respostas aderentes ao direito. A questão que se coloca, neste ponto, por conseguinte, é saber o que é interesse público para cada caso concreto, ou, em outras palavras, como o direito deve se manifestar concretamente na espécie analisada.

5) Isso revela, todavia, um considerável desafio para os intérpretes, afinal, o direito de nosso tempo é marcadamente flexível, carecedor de atividade hermenêutica que reconstrua o sentido de seus enunciados nos casos concretos. Essa acentuada ductibilidade atualmente experimentada pelos operadores do Direito, torna sobremaneira difícil - senão, impossível - qualquer prognóstico quanto ao que deva ser aprioristicamente considerado como interesse público em cada caso sob exame.

6) Diante desse cenário, se a supremacia do interesse público exige o correto cumprimento de um direito positivo sobremaneira flexível, como evitar que a interpretação do direito, em especial, a interpretação da norma-princípio da supremacia do interesse público, resulte em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema, conforme variarem os intérpretes? A tectura aberta dos enunciados normativos de nosso tempo não ensejaria o risco, tão anunciado pela doutrina crítica, de que o poder público adote interpretações arbitrárias, em prejuízo para os interesses particulares?

7) Com essas proposições em mente, iniciamos nossa tentativa de demonstrar que o processo judicial, principal arena em que se tensionam posições jurídicas conflitantes com vistas à investigação sob a quem o direito socorre, qualifica-se não apenas como método de aplicação da norma em concreto, mas, em última análise, como instrumento de aferição do interesse público na espécie examinada. A aparente contraposição entre um interesse perseguido pela administração e aquele

defendido pelo particular não será equacionada a partir da simples escolha dos enunciados normativos em tese aplicáveis ao caso. Exige-se do intérprete, diversamente, uma habilidade dialética a ser exercida no bojo do *processo* e que lhe permita encontrar a melhor solução para o caso.

8) No Capítulo 1, induzimos o leitor à compreensão de que é ilusória a ideia de uma gênese do Direito Administrativo acoplada a intenções puramente garantísticas, a uma criação mágica e estritamente benevolente com os direitos individuais. Ao retificarmos a narrativa, não o fizemos apenas com o intenções *arqueológicas*, mas para demonstrar que a genérica alusão aos vetores axiológicos da Revolução Francesa e ao surgimento do Direito Administrativo, para além de não refletir os acontecimentos de forma fidedigna (o que, por si só, já é deveras relevante), não tem nos permitido identificar, com rigor metodológico e com o grau de concretude desejado, o conteúdo do interesse público. A partir de fórmulas argumentativas genéricas, vincadas à ideia de um Direito Administrativo democrático, garantidor, emancipador de direitos individuais, mas, ao mesmo tempo, protetor da coletividade e reconhecedor das prerrogativas estatais, tem se adotado decisões diversas para casos análogos. Por exemplo, seguindo essa tônica de generalização em que o princípio do interesse público deve ser interpretado sob viés democrático porque é democrática a própria origem do Direito Administrativo, constatou-se ser possível afirmar que o Estado deve respeitar o interesse particular porque o regime jurídico especialmente edificado para reger as relações entre administração e administrados é historicamente democrático e, portanto, vocacionado para emancipar os indivíduos em face do Poder Público, mas, em contrapartida, fiel a esta mesma inspiração democrática, pode-se afirmar, diversamente, que o interesse particular é que deve sucumbir ao interesse do Estado porque este, sendo tutor dos interesses públicos, estaria agindo democraticamente em favor da coletividade. E, nessa linha argumentativa abstrata – que tudo pode legitimar – os intérpretes seguem sem um norte metodológico que lhes permita identificar concretamente o interesse público na espécie. É dizer que persiste o problema da indeterminação do que seja interesse público em concreto porque, afinal, os opositores buscarão, a seu respectivo modo, legitimar seus interesses com suporte em uma percepção de democracia tão ou mais indeterminada que o próprio conceito de interesse público. Por isso, conquanto não estejamos a refutar a ideia de que este ramo jurídico deva ser interpretado, em

nosso tempo, sem qualquer amarra autoritária, concluímos neste primeiro capítulo, que tal abordagem não tem um valor científico apto a equacionar, *de per si*, o problema por nós colocado qual seja, dizer, no caso concreto, a quem o direito positivo socorre e, com isso, fazer prevalecer o princípio da supremacia do interesse público.

9) Ao desmistificar a ideia de que esse princípio possa ser satisfatoriamente explicado a partir da automática associação entre a teoria contemporânea e os primórdios do Direito Administrativo na França, fomos então reconduzidos à necessidade de se examinar a construção teórica que nos é própria, com atenção às proposições científicas peculiarmente produzidas no Brasil, o que nos permitiria, mais adiante, fixar balizas adequadas para a investigação do interesse público em casos concretos hodiernamente examinados.

10) Revisitamos, então, no Capítulo 2, a teoria da supremacia do interesse público tal como formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, o que nos possibilitou resgatar o elemento teórico nuclear desta doutrina tradicional, qual seja, a ideia de que a supremacia do interesse público se traduz na obrigação de se ofertar respostas aderentes à juridicidade, num contexto e que também os interesses reivindicados por particulares poderão ser qualificados como públicos, desde que, para tanto, encontrem alicerce no direito jurídico-positivo. Ao final deste capítulo, pudemos ainda, com base nas lições de Daniel Wunder Hachem, fixar um extrato teórico no que se refere à supremacia do interesse público, cujos pontos mais relevantes para a compreensão de nosso trabalho são: (a) *fundamento normativo*: trata-se de norma-princípio que se fundamenta na própria ideia de Estado, encontrando-se implícito na Constituição; (b) *estrutura jurídica*: determina a prevalência do interesse público, da coletividade, sobre o interesse privado, nos casos em que ambos colidirem. O interesse público que goza de supremacia sobre o privado é o *interesse primário*, referente ao conjunto de interesses que os indivíduos possuem quando considerados como membros da sociedade, aí incluídos os direitos subjetivos individuais, porque tutelados pelo ordenamento jurídico, devendo prevalecer, portanto, sobre: (i) os *interesses secundários* da pessoa jurídica estatal, quando não coincidentes com o da coletividade; (ii) os interesses pessoais do agente público; (iii) os interesses exclusivamente privados dos indivíduos,

singularmente considerados e não suportados no direito positivo; (c) *conteúdo jurídico*: é determinado pelo sistema normativo, que qualifica determinados interesses como públicos através da Constituição, das leis e dos atos normativos com ela consonantes; (d) *limites e condições de aplicação*: o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio: (i) deve situar-se sempre nos termos e nos limites da legalidade, respeitando a juridicidade; (ii) restringe-se às limitações e temperamentos traçados pelo sistema normativo; (iii) deve ser compreendido de forma equilibrada e em consonância com o *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*, que impõe sujeições especiais à Administração; (iv) por possuir caráter instrumental em relação aos deveres da Administração, só pode ser manejado para cumprir a finalidade que é imposta pelo sistema normativo (*dever-poder*); (v) não pode ser invocado abstratamente, mas tão-somente de acordo com a extensão definida pelo ordenamento jurídico, jamais podendo ser empregado para contrariar a Constituição e as leis; (vi) não pode ser aplicado de forma excessiva, mas apenas na medida necessária para a consecução da finalidade estampada na norma jurídica.

9) Fixado esse marco propedêutico quanto ao que deva ser considerado interesse público e sua supremacia, passamos a explorar, no Capítulo 3, as críticas usualmente formuladas pelos doutrinadores contrários à teoria de Celso Antônio. No ponto, existe uma questão nuclear mais potencialmente apta a traduzir toda a celeuma estabelecida entre as duas vertentes aqui estudadas. Trata-se da formulação teórica manejada pela doutrina crítica que busca caracterizar o princípio da supremacia do interesse público como *regra de preferência*. Aqui, os críticos partem da compreensão de que a supremacia do interesse público estaria a permitir que os intérpretes manejassem as regras administrativas para, de antemão, subjugar os interesses privados, conferindo aos interesses públicos um valor dogmático inafastável, capaz de suprimir qualquer espaço para a ponderação. Preferimos, todavia, nos alinhar às conclusões de Cláudio Penedo Madureira que atribui esta tentativa de abandono do princípio da supremacia do interesse público à desconsideração das premissas teóricas de Bandeira de Mello. Uma vez preservada a formulação de Celso Antônio – notadamente no ponto em que considera como interesse público o interesse em dar respostas aderentes à juridicidade –, logo, por imperativo lógico, não haverá espaço para a afirmação de que o professor da

PUC/SP estaria propugnando por uma regra de preferência favorável à administração. Essa imputação destinada à doutrina tradicional não se confirma, seja porque não reflete o ideal democrático subjacente à teoria de Bandeira de Mello, ou seja porque exigiria, para sua confirmação, o raciocínio de que a supremacia do interesse público (leia-se, a supremacia do direito sobre o não-direito) se alcança a partir de fórmulas axiomáticas fechadas ao debate, o que sequer fora cogitado pelo administrativista. Reitere-se que Celso Antônio é absolutamente claro em considerar equivocada a compreensão de um interesse público com *status* de algo que existe por si mesmo, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes, e que pudesse assim se revestir da condição de regra de preferência. Não há antagonismo necessário e insuperável entre interesse público e interesse privado. Será sempre imprescindível arguir, no caso concreto, a quem o direito positivo socorre: se ao particular ou à administração. Essa equação não se resolverá por meio de razões *prima facie* de decidir, mas sim, após o exercício dialético que será oportunizado no bojo do processo judicial.

10) Ainda no Capítulo 3, exploramos uma segunda crítica segundo a qual a supremacia do interesse público seria desprovida de natureza principiológica, ou seja, não constituiria exemplo de norma-princípio. Consignamos, porém, que é possível identificar diversos dispositivos constitucionais que, mesmo desprovidos de força literal que lhes empreste, de forma isolada, a condição de suporte constitucional para o princípio da supremacia do interesse público, apresentam elementos implícitos, cada um a seu modo e grau, que, conjuntamente, estabelecem uma unidade sistêmica em prol da formação de um fundamento de validade normativa para o princípio em apreço. Para além disso, a concepção de princípio subjacente à teoria da supremacia do interesse público aventada por Celso Antônio é aquela denominada “concepção tradicional”, que busca diferenciar os princípios das regras, a partir do critério do grau de fundamentalidade. Na definição do administrativista da PUC/SP, “princípio” é conceituado como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental”. Sob essa perspectiva, a supremacia do interesse público poderá ser alçada à condição de *princípio*, porque, ao constituir um dos pilares do regime jurídico-administrativo – ao lado da indisponibilidade do interesse público -, passa a informar todo esse sistema. Constituirá, pois, uma reserva de racionalidade à qual deverão socorrer os

intérpretes sempre que estiverem diante da dificuldade de se concretizar as normas do direito administrativo diante da espécie fática. Essas circunstâncias, por si só, permitem concluir que há uma relação de coerência interna entre aquilo que Celso Antônio considera como princípio (mandamento nuclear de um sistema, dotado de alto teor axiológico) e o modo como, segundo o mencionado professor, deve ser aplicado o princípio da supremacia do interesse público (dissociado da ideia de uma razão *prima facie* de decidir que seja refratária à dialeticidade). Seja como for, também reconhecemos, neste trabalho, a índole principiológica da supremacia do interesse público porque o seu núcleo (interesse público), quando compreendido em conformidade com a proposta de Celso Antônio (no sentido de que interesse público é tudo aquilo que o direito positivo protege), apresenta caráter normativo suficiente para realizar um fim juridicamente relevante, qual seja, solucionar a dicotomia entre interesses públicos e interesses meramente privados, num contexto em que também os direitos individuais passam a integrar o conceito de interesse público. O princípio em estudo possui como característica um elemento finalístico – solução do conflito entre interesses públicos e privados que não encontrem arrimo no direito positivo -, não possuindo a pretensão de resolver a situação apenas pelos elementos nele contidos, mas apenas de apresentar balizas relevantes para a tomada de decisão, que se efetivará em atenção ao caso concreto e às regras aplicáveis à espécie. E, diante dessa tecitura acentuadamente aberta, sua aplicação demandará a utilização mais intensa da argumentação para justificar a conduta adotada com o intuito de equacionar o conflito entre administração e administrados.

13) Ao fim do terceiro capítulo, propusemos uma “ponte” para a compatibilização entre a doutrina tradicional e a doutrina crítica, o que se fez possível sobretudo porque ambas nutrem preocupação quanto à necessidade de se impedir a legitimação de condutas estatais arbitrárias. Estamos convictos de que, de parte a parte, não há a intenção de se legitimar condutas ilegais da Administração a partir de uma leitura arbitrária do Direito Administrativo. Essa conjugação entre as duas vertentes doutrinárias se deu, neste trabalho, pelo reposicionamento das críticas endereçadas à teoria tradicional, de modo a retirá-las do embate frontal com as premissas de Celso Antônio, para então lhes aproveitar no campo do plano operativo do Direito. Dito de outro modo, em vez de pura e simplesmente refutar as preocupações da doutrina crítica quanto ao risco de se legitimar malversações, as

concebemos como legítima contribuição para se buscar um método ótimo de aplicação do princípio em estudo nos casos concretos. Afinal, se não se pode negar que, de fato, ocorrem patologias no plano operativo desta norma, logo, será ainda mais oportuna a indagação que aqui estamos a fazer: qual é a técnica que a ciência jurídica nos oferta para minimizar tais ocorrências? Qual é o instrumento do qual dispõe o Direito para evitar que a supremacia do interesse público seja tomada como regra de preferência, apta a privilegiar o interesse invocado pela Administração em detrimento do interesse público?

14) Todavia, mesmo quando se tem em vista a aproximação entre as formulações da doutrina tradicional e da doutrina crítica, o princípio da supremacia do interesse público somente se reputará satisfatoriamente atendido quando os intérpretes lograrem aplicar corretamente o direito no caso concreto. Se o interesse público corresponde, na linha do demonstramos neste trabalho, a uma correta aplicação do direito, a sua supremacia sobre os interesses secundários (propugnada pela doutrina tradicional) não se contrapõe, em concreto, à realização dos direitos subjetivos assegurados aos indivíduos pelas leis e pela Constituição (como sustentam, a seu modo, os adeptos da doutrina crítica). A ideia de um interesse público supremo se confunde, assim, com a observância da própria juridicidade, de modo que o interesse da Administração passa a ser traduzido a partir da ideia do interesse de conceder respostas aderentes à juridicidade. É, portanto, uma concepção de supremacia do interesse público que se traduz na sentença “supremacia do direito sobre o não-direito”. A questão que se coloca, neste ponto, por conseguinte, é saber o que é interesse público em cada caso concreto. Para tanto, o processo judicial, principal arena em que se tensionam posições jurídicas conflitantes com vistas à investigação sobre a quem o direito socorre, qualificar-se-á não apenas como método de aplicação da norma em concreto, mas, em última análise, como instrumento de aferição do interesse público na espécie examinada. O processo judicial é, assim, o instrumento a ser usado pela doutrina tradicional para buscar o sentido da juridicidade no caso concreto, mas também constituirá a ferramenta para que a doutrina crítica busque evitar a preponderância de um interesse público etéreo, que se confunde com a vontade secundária dos agentes estatais. Essa ordem de ideias nos conduziu ao derradeiro capítulo deste trabalho.

15) Em primeira plana, constatou-se que o formalismo-valorativo é o paradigma metodológico que se afigura mais vocacionado para recepcionar a ideia de que a supremacia do interesse público não é um direito material pré-existente e de valor dogmático inafastável, mas, ao contrário disso, é uma diretriz normativa notabilizada pelo alto grau de abstração (demandando uma cognição reconstrutiva de seu conceito e de seu alcance à vista do caso concreto). Sendo necessário reconstruir essa norma no plano concreto, a proposta de um processo paritário no diálogo entre as partes e entre estas e o magistrado, na linha do que defendem os adeptos do formalismo-valorativo, se afigura mais aderente à teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello. Se o interesse público é observar a juridicidade, melhor então optar por uma tecnologia processual que permita a (re)construção dos correlatos enunciados normativos a partir de uma efetiva participação de todos os atores processuais, o que resultará numa maior probabilidade de que as partes reconheçam justeza na decisão final. O processo do formalismo-valorativo, por sua própria vocação dialética, permitirá encontrar a melhor solução para a espécie, a verdade provável e racionalmente aceitável, suportada em juízo de probabilidade. Para além dessas observações no plano teórico, constata-se que o formalismo-valorativo fora assimilado no plano do direito positivo, haja vista a opção político-legislativa levada a efeito com a edição do Código de Processo Civil de 2015. A esta conclusão chegamos, fundamentalmente, porque, assim como recomenda o formalismo-valorativo, também o CPC/2015 mostra-se receptivo ao ideário de uma substancial participação das partes litigantes, de uma atividade dialética “criativa” que parte da premissa de que o direito a incidir na espécie não corresponderá necessariamente ao direito que se encontre estampado nos respectivos enunciados normativos, o que torna possível a reconstrução, em concreto, dos enunciados normativos em tese aplicáveis ao caso. O novo código se divorcia da perspectiva instrumentalista (terceira fase metodológica) que alimentava a esperança de que a justiça seria adequadamente distribuída a partir da tão só aplicação de um direito material pré-existente, num contexto em que o juiz se colocava em posição assimétrica com relação às partes. Diversamente, a novel codificação processual, afinada com o formalismo-valorativo, se coloca como ambiente de “criação” do Direito. Essa conclusão encontra ressonância em vários dispositivos presentes no CPC/2015 que homenageiam o direito de participação dos oponentes e os coloca em posição simétrica com relação ao julgador da contenda, fato perceptível ao menos em dois

dos exemplos, quais sejam: art. 489, § 1º, incisos IV e VI, que considera *desprovido de regular fundamentação* o ato decisório que *não enfrentar as razões deduzidas pelas partes no processo*, ou que *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedentes por ela invocados*; art. 10 e art. 493, parágrafo único, que vedam ao Poder Judiciário decidir sobre fundamentos e fatos sobre os quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, impondo aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere. Sob essas considerações, formamos a convicção de que o Código de Processo Civil de 2015 é, sim, vocacionado para a investigação do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista que sua inspiração de índole formalista-valorativa lhe concede a abertura necessária para que o litigante, fazendo uso de argumentação e estando em posição de simetria com o juiz e com a parte *ex adversa*, reconstrua o significado daquela norma-princípio em atenção às particularidades do caso concreto, não restando, pois, espaço para que esta seja empregada como mera regra de preferência, como direito material pré-existente e blindado ao debate.

16) De outra plana, relatamos que o *contraditório* positivado pelo Código de Processo Civil de 2015 não se cinde ao binômio *informação-reação*, mas sim, reconhece o direito de um contraditório substancial, receptivo à ideia de que: (i) o direito é flexível; (ii) sendo a supremacia do interesse público uma norma-princípio, integrante, pois do ordenamento jurídico-positivo, ela também apresenta flexibilidade que acarreta dificuldades no plano operativo; (iii) essa ductibilidade deve ser equacionada no bojo do processo, mediante exercício dialético entre os litigantes e entre estes e o juiz, e não mediante regras de preferência que conduzam a uma assimetria entre as partes; (iv) no exercício da dialeticidade que lhe é ínsito, não basta informar e conceder às partes o direito de manifestação, sendo imprescindível lhes preservar o direito de influência e de não-surpresa, sob pena de nulidade do ato decisório; (v) estando os sujeitos processuais em posição de simetria, e não havendo espaço para adoção de regras de preferência, as razões aventadas no debate processual devem ser efetivamente tomadas em consideração pelo julgador, o que majora o potencial de que o princípio da supremacia do interesse público seja reconstruído de forma mais adequada ao caso concreto, algo que, em tese, também induz a uma maior probabilidade de resignação pela parte sucumbente.

17) Ademais, o modelo de *processo cooperativo*, tal como formatado pelo CPC/2015, ao pressupor o reconhecimento do caráter problemático do Direito, induz à percepção de que os métodos silogísticos puros e os modelos interpretativos calcados numa racionalidade apodítica não são adequados para auxiliar o julgador em sua tarefa de equacionar a tecitura aberta dos textos legais. Afinal, da indefinição semântica dos textos legais não se poderá extrair um sentido desprovido de equivocidade a ponto de tornar possível a utilização de um raciocínio puramente subsuntivo, calcado no paradigma lei-fato-decisão. O processo pautado na cooperação percorre, então, caminho diverso, valorizando a lógica discursiva, abrindo-se à compreensão de que o princípio da supremacia do interesse público, constituindo norma de conteúdo semântico igualmente flexível, poderá ser aplicado nos casos concretos a partir da consideração de que seu alcance será explicitado mediante um debate entabulado entre os opositores naquele caso concreto, e não a partir de uma fórmula interpretativa matemática ou de uma regra de preferência, como receiam os críticos à doutrina de Bandeira de Mello.

18) Todavia, a garantia de um processo cooperativo e receptivo à ideia de contraditório substancial, a par de ser imprescindível e de permitir que os sujeitos processuais construam democraticamente o sentido da norma naquele caso concreto, não garante, por si só, a necessária coerência entre o *decisum* proferido na espécie e as decisões proferidas em casos análogos, o que revela o risco de que a solução quanto ao que deva ser considerado interesse público seja aceita pelas partes litigantes, mas não seja compatível com o ordenamento sistemicamente considerado. Daí porque a necessidade de que os precedentes, em acréscimo aos elementos do contraditório ampliado e do processo cooperativo, se coloquem como fechamento do processo reconstutivo inaugurado pelos intérpretes, na linha do que doravante será exposto. Considerando que os precedentes se prestam a preservar a igualdade e a segurança jurídica, procuramos induzir a compreensão de que o método cognitivo-reconstutivo que se deve operar em relação ao princípio da supremacia do interesse público nos casos concretos, não se faz suficiente com a tão só dialeticidade entabulada entre os litigantes e de forma intrínseca ao processo. Imperioso que os sujeitos processuais, em particular o juiz, voltem olhos para a resposta do sistema jurídico, entendida como tal a resposta que o Direito deve

ofertar para todo e qualquer caso que guarde identidade fático-jurídica com a espécie examinada. Sob este prisma, o precedente judicial se apresenta como válvula entre o debate estabelecido no bojo de um dado processo e aquilo que o sistema jurídico considera como resposta adequada para casos análogos, numa relação circular em que o caso-precedente constituirá baliza para o debate ocorrido no caso-presente, ao passo em que o caso-presente poderá operar na densificação da *ratio decidendi* extraída do caso-precedente. Essa reconstrução cognitiva do princípio da supremacia do interesse público se aperfeiçoará, portanto, mediante o exercício argumentativo realizado internamente entre as partes litigantes, mas sem perder de perspectiva a necessidade de uma comunicação externa em que a resposta produzida naquela espécie também se justifique racionalmente diante do ordenamento. Nesse contexto, a técnica dos precedentes positivada pelo CPC/2015 se constitui em mecanismo capaz de produzir previsões e qualificações jurídicas unívocas, mas, no que importa mais detidamente para nosso trabalho, se apresentará como tecnologia apta a diminuir o arbítrio do julgador, obrigando-o a ofertar uma decisão que concretize o interesse público de forma sistemicamente racional, igualitária e previsível. É nesse contexto que se faz necessário identificar o precedente como uma tecnologia que o Direito Processual Civil oferta aos intérpretes para que este exercício intelectual se torne racional e controlável. Esse controle de racionalidade, inerente aos precedentes em virtude de sua pretensão de universalização, ao se irradiar para a teoria da supremacia do interesse público tem o condão de contribuir para a definição sobre a quem o interesse público socorre (à administração ou ao administrado), na medida em que se coloca como fechamento do processo cognitivo-reconstrutivo inaugurado pelos litigantes e pelo julgador naquele caso concreto. O caráter problemático do direito, contexto no qual se inclui a supremacia do interesse público, faz possível a extração de múltiplos sentidos semânticos, o que poderia potencializar a prolação de decisões arbitrárias, por exemplo, valendo-se o julgador de regra de preferência axiomática e infensa ao debate, seja em favor do Poder Público ou do particular. O precedente, todavia, para além de pavimentar o caminho da comunicação entre o caso concreto e os vetores de igualdade e de segurança jurídica, impõe um pesado ônus argumentativo aos debatedores. Numa perspectiva interna, os intérpretes se vinculam normativamente ao caso-precedente, não lhes sendo permitido ignorar a *ratio decidendi* paradigmática, senão mediante demonstração argumentativa, racional e

interssubjetivamente controlável, de que ela mereça ser afastada (*overruling*) ou distinguida (*distinguishing*). Na perspectiva externa, por sua vez, a construção hermenêutica operada pelos intérpretes não se ocupará apenas de equacionar o litígio então estabelecido, mas também deverá ser formatado a partir da pretensão de universalização, criando uma solução jurídica a ser aceita em todos os casos futuros que, com o caso-presente, guarde identidade fático-jurídica. É nesse sentido de controle de racionalidade do discurso jurídico que se pode afirmar que os precedentes se constituem em fechamento, em limitação, em balizamento, para a investigação do conteúdo do interesse público e de sua supremacia nos casos concretos.

Portanto, a norma-princípio da supremacia do interesse público se traduz como o interesse de produzir respostas aderentes ao direito que, em nosso tempo, é semanticamente flexível. Para equacionar este caráter problemático do direito (e, por conseguinte, do próprio princípio sob estudo), não se faz suficiente a mera alusão à origem histórica do Direito Administrativo e à sua suposta gênese democrática. Tampouco se faz adequado o seu manejo como regra de preferência, como axioma infenso ao debate. No plano operativo, faz-se imprescindível, sim, a reconstrução do sentido do princípio da supremacia do interesse público à luz do caso concreto e no bojo do processo judicial, desafio que reputamos melhor equacionado no contexto do novo Código de Processo Civil (i) que é vocacionado para a argumentação e para o reconhecimento de que as normas não se confundem com seus textos legais; (ii) que amplifica a noção do contraditório, conferindo às partes o direito de efetiva influência no julgamento; (iii) que recepciona a ideia de comparticipação e de simetria entre os sujeitos processuais; (iv) que consagra um mecanismo de precedentes, tecnologia que se coloca como fechamento à atividade de interpretação reconstrutiva inaugurada pela partes, potencializando a racionalidade do ato decisório à vista do ordenamento sistemicamente considerado.

REFERÊNCIAS

ALEXYY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo: Volume I*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. v. IV. São Paulo: Loyola, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos do. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *A consensualidade no Direito Administrativo: Acordos regulatórios e contratos administrativos*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 42, n. 167, p. 293/210, jul./set. 2005.

ATALIBA, Geraldo. Mudança da Constituição. *Revista de Direito Público*, nº 86, São Paulo: RT, p. 181-186, abr./jun. 1988.

_____. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: _____; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: _____. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Apresentação. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Patrícia. O interesse público e a ponderação de interesses no Direito Administrativo. In: _____. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 20/01/2015.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 17 fev. 2014.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. [S.l]: [s.n], [s.d.]. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 17, n. 62, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246389>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 17, n. 62, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246389>>. Acesso em: 11 maio 2017.

BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: UNIVERSITA DI VENEZIA. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. Modena: Mucchi, 1996. v. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES, Alice Gonzalez. *Interesse público: um conceito a determinar*. Revista de Direito Administrativo, n. 205, p. 109-116, jul./set. 1996. BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?*. Boletim de Direito Administrativo, v. 23, n. 7, p. 779-791, jul. 2007.

_____. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?* *Interesse Público*, nº 37, Porto Alegre: Notadez, p. 29-48, maio/jun., 2006.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRAIBANT, Guy. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984.

CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. [S.l.]: Campus, 2010.

CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.

Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo e Administração Pública*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CHEVALLIER, Jacques. *L'intérêt général dans l'Administration française*. Revue Internationale des Sciences Administratives, v. 41, nº 4, Bruxelles: [s.n.], p. 325-350, 1975.

_____. Le concept d'intérêt en science administrative. In: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 1. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo*. Curitiba: Julex, 1988.

CRAIG, Paul Peter. *Administrative Law*. London: Sweet and Maxwell, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 93, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-10, out./dez. 1968.

DESWARTE, Marie-Pauline. *Intérêt général, bien commun*. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, nº 5, Paris: LGDJ, p. 1289-1313, sep./oct. 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *O princípio da supremacia do interesse público*. *Interesse Público*, nº 56, Belo Horizonte: Fórum, p. 35-54, jul./ago. 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.1.17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Reserva do possível, direitos fundamentais e a supremacia do interesse público*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. In: _____. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

_____. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. reimpr. Navarra: Civitas, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. t. I. 14. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

_____. *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales*. Revista de Administración Pública, nº 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr. 1952.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*: Tomo I, Parte Geral. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. Dissertação de Mestrado em Direito. Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. t. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.

HUPFFER, Haide Maria. *A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito*. Revista Temas Atuais de Processo Civil. v.1. n. 2. Ago/2011. Disponível em <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/48-v-1-n2-agosto-de-2011/133-a-filosofia-do-jusnaturalismo-moderno-iluminista-como-paradigma-precursor-da-cientificidade-do-direito>. Acesso em 11 jun./16.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*: Tome I, Droit Administratif Général: Organisation et action de l'administration, La juridiction administrative. 14e. Paris: LGDJ, 1996.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 3ª ed., 1954.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y Cambio Social*, n. 40, abr.-2015. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/RECASENS_SICHES_E_A_APLICACAO_DO_DIREITO.pdf>; acesso em 26 de maio de 2017.

_____. A Ciência Jurídica e sua função social. *Derecho y Cambio Social*, v. 42.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Constitucional. Disponível em www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2017/04/A-JURISDIÇÃO-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL1.doc. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. Disponível em: www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2017/04/O-Precedente-na-Dimensão-da-Igualdade.docx. Acesso em: 14 de abril de 2017.

_____. *Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>. Acesso em 18 de abril de 2017.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. *Interesse público*, Belo Horizonte, ano 15, n. 55, jul./ago. 2013.

MATHIEU, Bertrand. *Propos introductifs*. In: _____ ; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57925>>. Acesso em: 3 maio 2017.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 171-198, abr./jun. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1964.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Considerações em torno dos princípios hermenêuticos*. Revista de Direito Público, nº 21, São Paulo: RT, p. 141-147, jul./set. 1972.

_____. *Criação de Secretarias Municipais*. Revista de Direito Público, nº 15, São Paulo: RT, p. 284-288, jan./mar. 1971.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968.

_____. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*. Revista de Direito Público, nº 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out./dez. 1967.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 2. v.

MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. Tese de Doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

_____. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo. Ano 36. Volume 194. Abril/2011.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo. São Paulo, a. 35, n. 183, p. 166/194, mai. 2010.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 2. e. rev. at. amp.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos jurídicos do Brasil contemporâneo. O pós-positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um constitucionalismo de transição. Revista Eletrônica sobre a Reforma de Estado, Salvador, nº 06, junho/julho/agosto 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 17 abril 2016.

MORENA Y DE LA MORENA, Luis de la. Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 100-102, p. 847-880, ene./dic. 1983.

MOTTA, Fabrício. *Influência do direito administrativo italiano na construção das bases dogmáticas do direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. vol. 6/2014. Mar. 2014.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Direito administrativo: direito da supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: *Sebastián Martín-Retortillo Baquer* (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____ (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?* Revista de Direito Administrativo, nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?* Revista de Direito Administrativo, nº 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A importância para Advocacia Pública de Estado para a Democracia Constitucional*. In: PEDRA, Adriano Sant'Ana; Faro, Júlio Pinheiro; Vieira, Pedro Gallo (coords.). *Advocacia Pública de Estado: Estudos Comparativos nas Democracias Euro-Americanas*. Curitiba: Juruá, 2014.

PINTO, Márcio Morena. *A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau*. Disponível em https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/60697/mod_resource/content/1/A-nocao-de-vontade-geral.pdf. Acesso em: 05 out. 2016.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982.

_____. Existe-t-il un critère du droit administratif? *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, nº 2, Paris: LGDJ, p. 279-296, avr./juin, 1953.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho Administrativo y Constitución*. Granada: CEMCI, [s.d.]. p. 115.

_____. *El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, nº 23, Belo Horizonte: Fórum, p. 127-144, jan./mar. 2006.

SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 8, p. 63-94, ene./mar. 1976.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SALOMONI, Jorge Luis. *Interés público y emergencia*. Actualidad en el Derecho Público, nº 18-20, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 135-165, ene./dic. 2002.

SANTIAGO, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional: el personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do Conceito e da Formação do Precedente Judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1ª e.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos de possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56693>>. Acesso em 9 out. 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o direito privado e o direito de greve dos servidores públicos civis. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo, Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Disponível em http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf, acesso em 02 de fevereiro de 2017.

SILVEIRA, Raquel Dias. Princípio da supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e o Estado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 18 de maio de 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

TÁCITO, Caio. Evolução histórica do Direito Administrativo. In: Temas de direito público: estudos e pareceres. 1º v. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *O poder de polícia e seus limites*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 27, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 1-11, jan./mar. 1952.

TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais _ RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55219> Acesso em: 03 abr. 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia*

de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo. Ano 34. nº 168. Fev/2009. São Paulo: RT, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif.* 12^e éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. t. I.

VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

ZACANER, Weida. Prefácio: homenagem ao pensamento jurídico de Celso Antônio. In: Bacellar Filho, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). O controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Forense, 2011.

_____. *Direito material e direito processual: relações e perspectivas.* Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional, 2004. p. 248).

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.* Jus Podvim: Salvador, 2016. 2^a e.

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

C351p Castiglioni Neto, Antônio Júlio, 1980-
O processo judicial como método para identificação do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público em casos concretos / Antônio Júlio Castiglioni Neto. – 2017.
187 f.

Orientador: Cláudio Penedo Madureira.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Juridicidade. 2. Ação judicial. 3. Precedentes judiciais. 4. Interesse público. 5. Hermenêutica (Direito). 6. Contraditório (Direito). I. Madureira, Claudio Penedo, 1973-. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340
